

LA MIXITE DANS LES JURIDICTIONS COMMERCIALES

RAPPORT DE LA COMMISSION CONSTITUÉE

PAR

LE GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE

ET PAR

LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

2 Avril 1999

RESUME DU RAPPORT	page	II
LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS	page	V
SOMMAIRE	page	VII
RAPPORT	page	XII

RESUME DU RAPPORT

Le gouvernement a annoncé son intention d'introduire la mixité, c'est-à-dire l'association de juges élus et de magistrats du corps judiciaire dans les formations de jugement, tant des tribunaux de commerce que des chambres commerciales des cours d'appel. Le garde des sceaux, ministre de la justice et le ministre de l'économie des finances et de l'industrie ont chargé la commission d'en préciser les modalités d'application.

I. Pour s'acquitter de cette mission, la commission après avoir procédé à de nombreuses auditions, a constaté que la réforme annoncée doit tenir compte de données concrètes et juridiques à la fois diverses et contraignantes.

A. Parmi les données concrètes, doit d'abord être mentionnée l'organisation hétérogène de la juridiction du premier degré comportant, outre 227 tribunaux de commerce composés uniquement de juges consulaires, élus, bénévoles et exerçant par ailleurs une activité professionnelle, 23 tribunaux de grande instance à compétence commerciale et, en Alsace-Moselle et Outre-mer, des juridictions échevinées composées d'un magistrat du corps judiciaire, président, et d'assesseurs consulaires. La taille des tribunaux de commerce est en outre très inégale, allant de 5 juges à 170.

La compétence de ces juridictions recouvre des domaines variés ; leurs membres n'exercent pas tous les mêmes fonctions ; leurs jugements ne sont pas tous susceptibles des mêmes recours.

L'introduction de magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce et de juges consulaires dans les cours d'appel risque de se heurter à la difficulté de recruter dans des viviers qui peuvent être insuffisants.

Le maintien de tribunaux de commerce autonomes n'est guère contesté, la mixité est admise, dans son principe, par la majorité, mais ses modalités donnent lieu à des opinions divergentes ou même opposées et certaines solutions susciteraient des réactions de rejet de la part des juges consulaires.

B. Les données juridiques résultent de la Constitution, qui exige l'indépendance de la magistrature et l'égalité des justiciables devant la justice et qui prévoit que seul le corps judiciaire bénéficie d'un statut fixé par la loi organique et de la garantie du Conseil supérieur de la magistrature, ce qui établit une différence insurmontable avec la situation des juges consulaires.

Elles découlent aussi de la Convention européenne des droits de l'homme, qui proclame le droit à un tribunal indépendant et impartial. La jurisprudence issue de cette convention aurait de toute façon conduit, même en l'absence de mixité, à des adaptations, pour les tribunaux de commerce comme pour les autres juridictions. Les réformes envisagées devront, à plus forte raison, s'inscrire dans ce cadre.

II. Dans la limite des contraintes résultant de ces données, la commission a recherché des solutions qui soient, à la fois, réalistes au regard de la diversité des situations et des opinions, suffisantes pour conduire à des résultats tangibles, équilibrées afin d'assurer un véritable échange des compétences, cohérentes aux divers stades des procédures comme avec le reste de l'organisation judiciaire, lisibles enfin pour donner une bonne image de la justice économique en France.

Aucune de ces solutions ne peut recueillir un accord unanime et un effort d'acceptation sera donc nécessaire de la part de tous ceux qui seront associés à la mise en œuvre de la réforme.

A. La commission a écarté certaines solutions : ainsi l'échevinage, qui serait ressenti comme une formule extrême et soulèverait de très vives réactions des juges consulaires, pouvant compromettre le fonctionnement normal de la justice commerciale ; ou encore la présence de magistrats du corps judiciaire seulement comme assesseurs, solution insuffisante, difficilement acceptable pour ces magistrats et exposée à un fort risque juridique.

L'équilibre indispensable ne peut être recherché fonction par fonction, une part importante des attributions juridictionnelles s'exerçant à juge unique et l'administration du tribunal relevant d'une autorité unique, le président du tribunal. Il ne peut s'agir que d'un équilibre d'ensemble reposant sur un projet cohérent.

L'idée centrale est que chacun doit se voir confier les fonctions où il est le plus utile :

- les juges consulaires conserveraient la présidence du tribunal avec les pouvoirs juridictionnels qui lui sont attachés : les référés- très importants en matière commerciale -, les ordonnances sur requêtes et injonctions de payer ainsi que la prévention. Ils garderaient aussi la vice-présidence du tribunal et, dans les procédures collectives, les fonctions de juge-commissaire.

- les magistrats du corps judiciaire assureraient la présidence des formations de jugement, au moins celles compétentes pour les procédures collectives et certains contentieux spéciaux portant sur des législations complexes mais bien délimitées, comme le droit des sociétés y compris les contentieux liés aux opérations sur les marchés boursiers et différents domaines que l'on peut qualifier de droit financier ainsi que le droit de la concurrence.

Le détail de la répartition des tâches figure dans la liste ci-jointe des propositions.

B. Pour la présidence des formations de jugement, la majorité de la commission a jugé utile, afin que le gouvernement puisse décider en faisant la part des contraintes juridiques et des considérations d'opportunité, de présenter trois solutions.

La première attribue toutes les présidences de formations de jugement à des magistrats du corps judiciaire. La deuxième se traduit par un partage des présidences, les formations du contentieux général étant présidées par un juge consulaire, celles des procédures collectives et du contentieux « spécial » l'étant par un magistrat du corps judiciaire, de sorte que tout magistrat du corps judiciaire assesseur dans une formation de contentieux général est par ailleurs président d'une formation de jugement. La troisième répartit les présidences en fonction de la nature des contentieux : aux magistrats de carrière celles des formations de jugement des procédures collectives et des contentieux spéciaux ; aux juges consulaires celles des autres formations de jugement, qui ne comprendraient aucun magistrat du corps judiciaire.

Seules les deux premières solutions répondent à l'objectif de mixité généralisée. La première a le mérite de la clarté et ne soulève aucune objection constitutionnelle ; en revanche l'opposition des juges consulaires et des milieux économiques serait très forte. La deuxième répond davantage à la préoccupation d'équilibre, mais elle est plus complexe à mettre en œuvre, n'écarte pas totalement les risques d'inconstitutionnalité et peut cumuler les mécontentements. Aucune de ces deux solutions n'étant exempte de risques, le gouvernement, s'il préfère modifier son objectif initial de mixité généralisée, pourrait retenir la troisième, qui ne se heurte à aucun obstacle constitutionnel, soulève moins d'oppositions et ne présente qu'un risque limité au regard de la Convention européenne.

C. Cette répartition des fonctions s'inscrit dans une architecture d'ensemble renouvelée.

Certains pouvoirs du président du tribunal de commerce seraient réaménagés, un magistrat du corps judiciaire intervenant dans l'établissement de l'ordonnance de roulement et le président ne pouvant intervenir dans l'évaluation des magistrats du corps judiciaire. Le président ne pourrait plus présider, à sa convenance, des formations de jugement. Il serait chargé d'une coordination du contrôle des mandataires en liaison avec le magistrat présidant la formation des procédures collectives et le parquet.

Certaines décisions du juge-commissaire seraient transférées à la formation de jugement des procédures collectives afin de bénéficier de l'apport de la mixité dans les décisions importantes comme les cessions d'unités de production. Il ne participerait plus au délibéré de la formation jugeant les affaires qui le concernent. Un système de délégation permettrait, dans les affaires les plus complexes, qu'il soit aidé par des juges-commissaires délégués pour pouvoir mieux exercer ses fonctions.

Dans les ressorts où les tribunaux de grande instance ont la compétence commerciale, il devrait être procédé à la création de tribunaux de commerce ou à l'extension du ressort territorial de ceux existants.

Dans les cours d'appel seraient introduits, systématiquement et en qualité d'assesseurs, des conseillers d'origine consulaire pour le jugement des affaires commerciales; une filière spécifique d'intégration serait créée.

III. Ce projet d'ensemble doit aussi comprendre des mesures d'accompagnement indispensables. Les dispositifs actuels de formation des juges des deux origines devront être sensiblement renforcés, coordonnés sous l'égide de l'Ecole nationale de la magistrature en liaison avec le centre de formation existant à Tours pour les juges consulaires, et comporter des formations communes. Des dispositions spécifiques aux juges consulaires devront être adoptées : un renforcement du régime des incompatibilités, une amélioration du régime disciplinaire et un comité mixte régional de sélection pour l'accès aux présidences de chambre si les juges consulaires peuvent y être nommés.

La mise en œuvre de toutes ces mesures devra inévitablement s'échelonner dans le temps, en particulier le recrutement déjà décidé de 350 magistrats dans le corps judiciaire. La mixité devra être instituée en priorité dans les tribunaux les plus importants, l'essentiel pouvant être réalisé dès la date prévue par le Gouvernement, du 1^{er} janvier 2002, et le reste le 1^{er} janvier 2003. Le respect de ces échéances suppose que le processus soit engagé sans délai. Une décision rapide est d'autant plus souhaitable que les juges consulaires sont dans l'attente de connaître le contenu et les modalités de la réforme. Cette attente est accrue par la proximité d'une échéance électorale fin 1999, où viendront à renouvellement les mandats d'une part importante d'entre eux et d'une grande majorité de présidents.

*

La préoccupation de la commission a été que la réforme, une fois réalisée, ouvre de plus larges perspectives à la juridiction commerciale. L'introduction de la mixité permettra de lui transférer de nouvelles compétences relevant actuellement du tribunal de grande instance et d'en faire, à terme, une véritable juridiction de l'économie.

LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS

I. UN EQUILIBRE D'ENSEMBLE DANS LA REPARTITION DES FONCTIONS

- Fonctions conservées par les juges consulaires : président du tribunal (sous réserve des aménagements mentionnés au 2.2.) ; vice-président ; juge-commissaire ; assesseurs dans les formations de jugement des procédures collectives et des contentieux «spéciaux» (sociétés, concurrence).

- Fonctions des magistrats du corps judiciaire : présidence des formations de jugement, du moins celles compétentes pour les procédures collectives et les contentieux spéciaux.

- Trois solutions laissées à la décision du Gouvernement pour les formations de jugement du contentieux «général» : présidence par un magistrat du corps judiciaire, ou par un juge consulaire avec ou sans magistrat du corps judiciaire comme assesseur.

II. UNE ARCHITECTURE D'ENSEMBLE RENOVEE

2.1. dans l'organisation générale des juridictions commerciales : généralisation des tribunaux de commerce, sauf en Alsace-Moselle, en en mettant en place dans les 23 ressorts où les tribunaux de grande instance ont la compétence commerciale

2.2. dans les tribunaux de commerce :

- réaménagement de certains pouvoirs du Président :

. avis d'un magistrat du corps judiciaire sur l'ordonnance de roulement

. absence d'intervention du président dans la notation des magistrats du corps judiciaire

. le président ne pourrait plus présider, à sa convenance, de formation de jugement

- encadrement des pouvoirs du juge-commissaire et renforcement de ses moyens :

. transfert de certains pouvoirs à la formation de jugement des procédures collectives et interdiction de participer au délibéré de la formation de jugement

. augmentation du nombre de juges-commissaires dans certaines juridictions et délégations permettant qu'ils soient aidés par des juges-commissaires délégués

- dans les procédures collectives, audience des plaidoiries systématiquement devant la collégialité et non devant un juge-rapporteur

- assemblée générale : participation des magistrats du corps judiciaire et présence de l'un d'eux au bureau

- présence accrue du parquet : présence obligatoire, en certains cas, en matière de procédures collectives et renforcement des effectifs affectés à la matière commerciale

2.3. au niveau des Cours d'appel :

- présence obligatoire, en qualité d'assesseur, d'un conseiller d'origine consulaire dans chaque

formation jugeant des affaires commerciales

- création d'une filière spécifique d'intégration temporaire de juges consulaires
- création d'une chambre commerciale dans chaque Cour d'appel.

III. DES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT INDISPENSABLES

3.1. formation :

- pour les juges consulaires : extension de la compétence de l'école nationale de la magistrature à leur formation, en liaison avec le Centre de Tours

- pour les magistrats du corps judiciaire, formation obligatoire, de l'ordre de 3 mois, et préalable à la prise de fonction

- formation partiellement en commun des juges des 2 origines et accroissement des moyens

3.2. recrutement et statut des juges consulaires :

- élection tous les 2 ans et non plus annuelle

- comité mixte régional de sélection pour l'accès éventuel aux présidences de chambre

- renforcement des incompatibilités : (certains mandats politiques, présidence d'une CCI, fonctions de mandataires ad hoc, de conciliateur ou de commissaire à l'exécution du plan) et déclaration d'intérêts obligatoire

- amélioration du régime disciplinaire : possibilités d'avertissement et de suspension provisoire par le Premier président de la Cour d'appel et d'une interdiction de se présenter aux élections aux tribunaux de commerce pendant 5 ans

3.3. nomination des magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce par décret après avis conforme du CSM, après 7 à 10 ans d'ancienneté.

IV. MODALITES DE MISE EN OEUVRE :

- mise en oeuvre progressive en fonction de l'importance des tribunaux de commerce

- réalisation de l'essentiel au 1er janvier 2002 et du reste au 1er janvier 2003

- dès 1999, dépôt d'un projet de loi organique ouvrant des concours exceptionnels et engagement d'un programme de formation.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	-14-
PREMIÈRE PARTIE : LES PRINCIPALES DONNÉES DU PROBLÈME DE LA MIXITÉ.....	-18-
A - LES DONNÉES CONCRÈTES	-18-
① - L'HETEROGENEITE DES JURIDICTIONS COMMERCIALES	-19-
1.1. L'organisation judiciaire	-19-
1.2. La carte judiciaire	-19-
1.2.1. L'implantation des juridictions	-19-
1.2.2. La taille et l'activité des juridictions	-20-
1.2.3. L'organisation interne des juridictions	-23-
② - LA DIVERSITE DES COMPETENCES, DES FONCTIONS ET DES RECOURS	-24-
2.1. La diversité des compétences	-24-
2.2. La diversité des fonctions.....	-24-
2.3. La diversité des recours	-25-
③ - LES INCERTITUDES QUANT AUX RESSOURCES HUMAINES DISPONIBLES.....	-26-
3.1. Les juges consulaires	-26-
3.1.1. Pour les juridictions du premier degré	-26-
3.1.2. Pour les cours d'appel	-26-
3.2. Les magistrats du corps judiciaire	-27-
④- LA DIVERSITE DANS LES OPINIONS SUR LA MIXITE	-28-
4.1. Les convergences.....	-28-
4.2. Les divergences	-29-

B- LES DONNÉES JURIDIQUES.....	-31-
① - LES DONNEES CONSTITUTIONNELLES.....	-31-
1.1. Les principes constitutionnels	-32-
1.1.1. Le principe d'égalité.....	-32-
1.1.2. Le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire.....	-34-
1.1.3. L'inamovibilité des magistrats du siège.....	-35-
1.2. Les autres données.....	-37-
1.2.1. La compétence du législateur en matière de création d'ordres de juridiction.....	-37-
1.2.2. La compétence du législateur pour la détermination du statut des magistrats.....	-38-
1.2.3. La notion de juge naturel.....	-38-
② - LES PRINCIPES CONVENTIONNELS	-39-
2.1. Les principes d'indépendance et d'impartialité du tribunal.....	-39-
2.1.1. L'indépendance de la juridiction	-40-
2.1.2. L'impartialité du tribunal.....	-40-
2.2. Les autres éléments du droit à un procès équitable	-44-
 DEUXIÈME PARTIE :	
LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES.....	-46-
 A - L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS :	
PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET UNIFORMITÉ DES JURIDICTIONS	-47-
① - UN MEME TYPE DE JURIDICTIONS EN MATIERE COMMERCIALE	-47-
② - UNE MEME COMPOSITION DE FORMATION DE JUGEMENT POUR UNE MEME MATIERE	-48-
 B - LA RÉPARTITION DES FONCTIONS.....	
①- LA MIXITE DANS LES JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRE.....	-49-

1.1. Le président du tribunal de commerce.....	-49-
1.1.1. Le cadre actuel.....	-49-
1.1.2 . Les choix possibles.....	-49-
1.2. Le juge-commissaire.....	-55-
1.3. Le juge rapporteur	-58-
1.4. La présidence des formations de jugement	-59-
1.4.1. La question préalable : un magistrat du corps judiciaire peut-il être assesseur d'une formation de jugement présidée par un juge consulaire ?-59-	
1.4.2. Les différentes hypothèses.....	-61-
1.4.3. Conclusion.....	-65-
1.5 L'assemblée générale.....	-66-
1.6 Le parquet	-67-
②- LA MIXITE DANS LES COURS D'APPEL	-68-
2.1. La mixité obligatoire des chambres statuant en matière commerciale	-68-
2.2. Les garanties nécessaires.....	-69-
C - LA CO-EXISTENCE DES STATUTS	-70-
① - LES JUGES CONSULAIRES	-71-
1.1. Les juridictions du premier degré.....	-71-
1.1.1. Les insuffisances du statut du juge consulaire.....	-71-
1.1.2. Les perspectives de réforme : l'amélioration du statut des juges consulaires..	-73-
1.2. Les cours d'appel : l'élaboration d'un statut de conseiller consulaire de cour d'appel.....	-76-
1.2.1. Le cadre juridique	-76-
1.2.2. Les garanties d'indépendance par rapport aux activités professionnelle	
1.2.3 Une voie spécifique de recrutement.....	-78-
② -LES MAGISTRATS DU CORPS JUDICIAIRE	-79-

2.1. Le recours à des magistrats expérimentés et formés	-79-
2.2. La nomination des magistrats dans les tribunaux de commerce	-80-

TROISIÈME PARTIE :

LA MISE EN OEUVRE DE LA REFORME	-82-
---------------------------------------	------

A - LES CONDITIONS DU SUCCÈS DE LA REFORME	-82-
--	------

① UN EFFORT DE PEDAGOGIE	-82-
--------------------------------	------

② UNE FORMATION ADAPTEE.....	-84-
------------------------------	------

2.1. Une formation à parfaire	-84-
-------------------------------------	------

2.1.1. La formation des juges consulaires	-84-
---	------

2.1.2 La formation des magistrats du corps judiciaire	-85-
---	------

2.2. Une formation en commun.....	-87-
-----------------------------------	------

2.2.1. La formation des magistrats du corps judiciaire	-88-
--	------

2.2.2. La formation des juges consulaires	-88-
---	------

2.3. Une formation déconcentrée et mixte	-89-
--	------

B - LES MODALITÉS DE MISE EN OEUVRE.....	-90-
--	------

① - UNE MISE EN OEUVRE PROGRESSIVE.....	-90-
---	------

1.1. La nécessité d'une mise en oeuvre progressive.....	-90-
---	------

1.2. Les modalités juridiques de la progressivité	-90-
---	------

② LES AUTRES MODALITES DE MISE EN OEUVRE	-94-
--	------

2.1. La nature des textes législatifs et réglementaires	-94-
2.2. La réforme de la carte judiciaire.....	-94-
2.3. Le calendrier des recrutements.....	-95-
CONCLUSION : UNE ARCHITECTURE D'ENSEMBLE RENOVEE	-97-
ANNEXE 1 : Liste des membres de la commission	
ANNEXE 2 : Communiqué de presse	
ANNEXE 3 : Lettre de mission adressée aux membres de la commission par le garde des sceaux ministre de la justice et le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie	
ANNEXE 4 :Liste des personnes entendues par la commission	

RAPPORT

INTRODUCTION

A la suite de la publication des rapports de la commission d'enquête parlementaire et des inspections générales des finances et des services judiciaires, sur le fonctionnement et l'activité des tribunaux de commerce, le garde des sceaux, ministre de la justice, a présenté lors du Conseil des Ministres du 14 octobre 1998, le programme de réforme de la justice commerciale et de l'environnement juridique de l'entreprise, que le Gouvernement entend engager.

Ce projet comporte plusieurs volets : la modification du statut des administrateurs et mandataires judiciaires et des greffiers, la réforme des lois des 1er mars 1984 et 25 janvier 1985 sur le traitement des difficultés des entreprises et la réforme des tribunaux de commerce.

La modification de la carte des juridictions consulaires, qui devra être entièrement redessinée en fin d'année 1999 et qui constitue la priorité assignée aux travaux du délégué à la réforme de la carte judiciaire, est un axe de la réforme des tribunaux de commerce ; la modification de leur organisation et de leur composition, par l'introduction en leur sein de la mixité, en est un autre.

Selon le communiqué commun du garde des sceaux et du ministre de l'économie des finances et de l'industrie, diffusé à l'issue du Conseil des Ministres, la mixité est *«l'association de juges élus et professionnels dans une même formation de jugement tant au niveau des tribunaux de commerce que des chambres commerciales des cours d'appel* ; elle devra être réalisée selon les principes suivants :

- sa mise en oeuvre sera progressive et devra être complètement réalisée en 2002;
- à son terme, des magistrats professionnels expérimentés siégeront dans l'ensemble des formations de jugement ;
- les moyens nécessaires évalués à 350 magistrats professionnels seront dégagés
- les juges consulaires les plus expérimentés pourront accéder aux chambres commerciales des cours d'appel.

Les deux ministres ont constitué le 23 décembre 1998 une commission indépendante chargée d'étudier les modalités d'application de la mixité.

Les questions soumises à son examen dans la lettre de mission qu'ils ont adressée à ses membres, sont les suivantes :

«1) Quelles seraient les fonctions respectives des magistrats professionnels et des juges élus dans les formations de jugement ?

2) Quelles seraient les modalités d'exercice des fonctions de juge commissaire ?

3) Quelles seraient les modalités d'association des juges consulaires aux chambres commerciales des cours d'appel et plus généralement, les passerelles permettant aux juges consulaires expérimentés d'accéder à la magistrature professionnelle ?

4) Quelles seraient les modalités d'organisation des tribunaux de commerce et en particulier les pouvoirs de leur président ainsi que ceux des présidents des formations de jugement ?

5) Quelles seraient les modalités de la mise en oeuvre progressive de cette mixité dans les tribunaux de commerce, selon le calendrier défini par le Gouvernement ?»

*

Née d'un édit royal de 1563, la juridiction consulaire, fondée à l'origine sur le principe « d'une justice des marchands rendue par les marchands pour les marchands », n'a pas connu depuis la loi des 16-24 août 1790 et le code de commerce de 1807 de réforme d'ensemble.

Or, une telle réforme d'ensemble est aujourd'hui indispensable en raison de la double évolution de l'activité économique et de ses modes de régulation.

La dimension des marchés a profondément changé. Alors qu'ils étaient longtemps restés principalement locaux, ils sont devenus, pour la plupart, régionaux, nationaux, voire mondiaux ; non seulement les entreprises françaises ont développé leur activité internationale, mais aussi des opérateurs étrangers exercent la leur en France. Il se pose là, comme dans d'autres domaines, un problème d'adaptation de juridictions conçues pour régler des différends locaux.

La complexité croissante du droit, l'interférence grandissante de diverses disciplines juridiques, financières, économiques et l'impact accru des décisions de justice sur le tissu économique et social rendent de plus en plus indispensable l'association de compétences diverses. Cette nécessité a été progressivement prise en compte dans la rénovation ou l'institution d'instances de régulation des marchés. Elle doit l'être tout autant pour l'ensemble du contentieux commercial.

La réforme des tribunaux de commerce, qui revêt ainsi aujourd'hui une acuité particulière, a déjà fait l'objet de nombreuses études.

Dès 1973, le garde des sceaux M. TAITTINGER avait confié à une commission, présidée par M. MONGUILAN, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, le soin d'étudier les améliorations susceptibles d'être apportées à leur fonctionnement. Les principales propositions qui en ont résulté ont concerné le statut des juges consulaires, les auxiliaires de justice et la spécialisation d'un nombre limité de juridictions en matière de procédures collectives.

En 1981, une nouvelle réflexion d'ampleur a été engagée à l'initiative du garde des sceaux, M. BADINTER, par une commission d'études et de recherches, dont la principale recommandation a été de confier à de nouvelles juridictions régionales «échevinées», présidées par des magistrats de métier, la connaissance des procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises. Le fondement de cette orientation était alors «*les profondes mutations contemporaines de la société française et européenne* et la nécessité de «*rapprocher le système français de celui des autres Etats de la C.E.E.*».¹

Sont issues de ces travaux de nombreuses dispositions des lois du 25 janvier 1985 relatives, respectivement au redressement et la liquidation judiciaires et aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise, ainsi que de la loi du 16 juillet 1987 relative aux juridictions commerciales.

Plus récemment le C.N.P.F., la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et la Conférence générale des tribunaux de commerce ont également formulé des propositions visant à améliorer le fonctionnement des tribunaux de commerce.

*

Si l'ensemble de ces considérations témoigne de la nécessité d'une réforme, les études déjà conduites n'ont jamais porté sur la notion de mixité retenue par le Gouvernement.

En employant le concept de Amixité, le Gouvernement a marqué qu'il n'entendait pas remettre en cause le principe même de l'existence des tribunaux de commerce. Bien que le terme de «tribunal mixte» désigne aujourd'hui, dans les départements d'Outre-Mer, une juridiction commerciale échevinée, la nature des questions posées à la commission montre que le Gouvernement n'a pas souhaité limiter la réflexion à l'échevinage qui ne constitue qu'une forme particulière de mixité, désignant la présence d'assesseurs autres que des magistrats de carrière dans des formations de jugement et des juridictions présidées par un magistrat du corps judiciaire.

¹ «L'exception française» qui a été abordée par les rapports de la commission d'enquête parlementaire et des inspections, n'est pas, à elle seule, un critère déterminant ; la commission ne s'y arrête pas, tout en ayant conscience que l'introduction de la mixité dans les tribunaux de commerce permettrait à la justice commerciale française de se rapprocher de celle de ses principaux voisins.

La notion de mixité n'a pas de contenu précis ; il appartient à la commission d'en définir les contours au regard des objectifs généraux de la réforme, des données concrètes et des exigences résultant de la Constitution et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. E.D.H.).

C'est pourquoi il est apparu indispensable de procéder à de nombreuses auditions de personnalités venant d'horizons variés. Des juges consulaires, des magistrats du corps judiciaire, mais aussi des membres du Conseil d'Etat, des universitaires et des représentants des professions judiciaires et du monde économique et social ont été entendus, soit en séance plénière, soit au cours d'entretiens menés par les présidents de la commission.

En outre, ceux-ci se sont déplacés dans le ressort de plusieurs cours d'appel pour y recueillir l'avis des juges consulaires et des autorités judiciaires locales, et afin de mieux appréhender les contraintes pratiques auxquelles la mise en oeuvre de cette réforme sera soumise.

La commission a estimé qu'elle ne devait pas, au cours de ses travaux, se livrer à une appréciation de l'activité des juridictions commerciales, mais qu'il importait qu'elle conçoive, dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le Gouvernement, ce que pouvait être leur nouvelle organisation, en tenant le plus grand compte de l'évolution du contexte économique.

C'est dans cet esprit qu'elle a étudié, sur la base d'un constat qu'elle a souhaité le plus objectif possible, les principales données du problème de la mixité (1ère partie), les solutions envisageables pour y parvenir (2ème partie) et les modalités de sa mise en oeuvre (3ème partie).

PREMIERE PARTIE

LES PRINCIPALES DONNÉES DU PROBLÈME DE LA MIXITÉ

Les rapports antérieurs ont étudié de nombreuses données de la réforme des tribunaux de commerce, mais le choix de la mixité retenu par le gouvernement fait apparaître de nouvelles questions aux solutions imbriquées et parfois contradictoires, qui rendent nécessaire une approche différente tant des données concrètes que des données juridiques.

A - LES DONNÉES CONCRÈTES-

La justice commerciale a certes évolué avec son environnement socio-économique. Ce n'est plus la juridiction des marchands réglant leurs différends à l'occasion des foires ; elle est compétente pour connaître de pans entiers de l'activité économique puisqu'elle a aujourd'hui en charge, d'une part, le traitement des litiges concernant les entreprises de toute nature (commerce, production, distribution, prestation de service), dans tous les secteurs d'activité et, d'autre part, les procédures collectives.

L'introduction de la mixité au sein de la justice commerciale pourrait de prime abord sembler une réforme restreinte : il ne s'agit ni de supprimer les tribunaux de commerce, ni même d'en écarter les juges consulaires, mais d'associer leurs compétences à celles de magistrats du corps judiciaire. Pourtant, cette réforme constituerait une mutation profonde au regard des réalités façonnées par quatre siècles d'histoire et de la différence des cultures entre les deux types de juges.

Elle doit ainsi prendre en considération les contraintes tenant à l'hétérogénéité des juridictions commerciales, à la diversité de leurs compétences et de leurs fonctions, à la disponibilité des ressources humaines nécessaires ainsi qu'à la variété des opinions sur la mixité.

1 - "L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES JURIDICTIONS COMMERCIALES"

1.1. L'organisation judiciaire

La justice commerciale est caractérisée par la diversité des modes d'organisation, de composition et de fonctionnement des juridictions qui la rendent.

Les tribunaux de commerce, au nombre de 227² et exclusivement composés de juges non professionnels élus, représentent l'essentiel. Mais dans 23 ressorts métropolitains et à Saint-Pierre (La Réunion), où il n'existe pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal de grande instance, exclusivement composé de magistrats professionnels, qui statue en matière commerciale³. En Alsace-Moselle, soit dans 7 ressorts, la justice commerciale est rendue par les chambres commerciales des tribunaux de grande instance associant, dans une formule d'échevinage, des magistrats de carrière et des assesseurs non professionnels. C'est selon une formule voisine que fonctionnent, dans les départements et territoires d'Outre-mer, 7 tribunaux mixtes de commerce. A Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, Wallis-et-Futuna, ce sont 3 tribunaux de première instance, statuant à juge unique, qui ont compétence.

La commission estime que cette diversité est source d'interrogations au regard du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et, dans ce cadre, d'égalité devant la justice. De façon plus concrète, cette situation peut poser, pour certains justiciables, un problème de lisibilité de la justice commerciale.

1.2. La carte judiciaire

1.2.1. L'implantation des juridictions

La seconde spécificité de la justice commerciale réside dans le grand nombre de ses juridictions dont l'implantation est très inégale sur le territoire et ne correspond plus à la répartition de la population ni aux bassins d'activités économiques contemporains.

Au total, les différentes formes de tribunaux commerciaux rappelés ci-dessus représentent 268 juridictions statuant en matière commerciale.

L'implantation des 227 tribunaux de commerce est variable. Si un nombre non négligeable de départements (25) ne dispose que d'un seul tribunal, certains en comptent un nombre très élevé, sans rapport avec leur activité et leur population. Ainsi, il y en a 9 en Seine-Maritime, 7 dans le Calvados, 6 en Saône-et-Loire, dans le Nord, l'Hérault, la Charente et le Puy-de-Dôme.

² Le tribunal de commerce de Montélimar prévu dans les textes n'a jamais été installé

³ Art. L 411-3 COJ

Un tel éparpillement géographique n'est pas de nature à permettre au parquet d'assurer la présence effective du ministère public au sein de ces juridictions. D'autre part, il n'est pas sans incidence sur le fonctionnement de la justice commerciale. Si elle permet une bonne appréhension du tissu économique local, la multiplication de juridictions dans un département peut favoriser un rapprochement excessif entre le juge et le justiciable, d'autant plus que le juge exerce ou a exercé par ailleurs, une activité professionnelle dans la même localité ou dans une localité proche. Cette situation peut poser problème au regard du droit à un tribunal impartial consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

En toute hypothèse, cette inégalité d'implantation sur le territoire a principalement pour conséquence une hétérogénéité de taille et de volume d'activité des juridictions qui constitue une des difficultés principales de la mise en oeuvre de la mixité.

1.2.2. La taille et l'activité des juridictions

q S'agissant de la taille des juridictions, les tribunaux de commerce ont des effectifs très différents, s'échelonnant de 6 juges à 172 (tribunal de commerce de Paris). L'effectif réel, tel qu'il résulte des statistiques de la Conférence générale des tribunaux de commerce pour 1997, est le suivant :

Nombre de juges par tribunaux	Nombre de tribunaux dans la catégorie	% du nombre de tribunaux de commerce	Nombre de juges	part de la catégorie dans le nombre de juges
25 juges et plus	23 tribunaux (dont Paris)	10% (0,4%)	1050 juges (169 juges)	32,3% 5,2%
16 à 24 juges	31	13,7%	593 juges	18,2 %
11 à 15 juges	61	26,9%	752 juges	23,1%
8 à 10 juges	65	28,6%	569 juges	17,5%
5 à 7 juges	47	20,7%	291 juges	8,9 %

- Le volume de l'activité juridictionnelle des tribunaux de commerce est aussi très inégal

* Procédures au fond

Sur 164 351 affaires contentieuses introduites dans l'année 1997 et sur 71 802 affaires de procédures collectives

Nombre de tribunaux de commerce dans la catégories	part dans le total des affaires en contentieux général	nombre moyen d'affaires par tribunal dans la catégorie	part dans le total des procédures collectives	nombre moyen d'affaires de procédures collectives par tribunal
les 23 tribunaux de commerce les plus importants (dont Paris)	60%	4287	31 %	967
	22,6% ⁴	37 143	(8,8 %)	6318
les 31 tribunaux de commerce suivants	13,4%	710	33,7 %	780
les 61 suivants	14,7%	396	22,1 %	260
les 65 suivants	9,2%	232	9,2 %	101
les 47 plus petits	2,6%	91	4 %	61

* Procédures de référé ⁵

Sur 44 761 référés, la moyenne est de 197 par tribunal, mais avec de fortes variations comme le montre le tableau suivant :

Nombre de tribunaux de commerce dans la catégories	part dans le total des référés	nombre moyen de référés par tribunal dans la catégorie
les 23 tribunaux de commerce les plus importants (dont Paris)	65,7%	1 279
	(22,2%)	(9936)
les 31 tribunaux de commerce suivants	16,2%	283
les 61 suivants	11,3%	83
les 65 suivants	5,4%	37
les 47 plus petits	1,4%	13

⁴ Ce pourcentage élevé s'explique en partie par la centralisation à Paris du contentieux des caisses de retraite, en raison de clauses attributives de compétence

⁵ La statistique est sur ce point plus incertaine, les méthodes de comptabilisation différant selon les juridictions : par exemple, certaines intègrent les ordonnances portant injonction de payer

Les 23 tribunaux de commerce comportant 25 juges et plus (10% de l'ensemble des juridictions consulaires) traitent environ 60% du contentieux général, 66 % des référés et 31% des procédures de redressement et liquidation judiciaires. Cette catégorie connaît d'ailleurs elle-même une grande diversité puisqu'une juridiction, le tribunal de commerce de Paris, traite à lui seul 22,6% du contentieux général et 8,8% de celui des procédures collectives.

A l'opposé, 112 tribunaux de commerce, soit 49,3% des juridictions, ne traitent en moyenne que 11,8% du contentieux général, soit environ 180 affaires par tribunal et par an, et 13,2% des procédures collectives, soit environ 80 procédures.

Même si les travaux en cours sur la carte judiciaire entraînaient une réduction sensible du nombre de tribunaux de commerce, il en demeurerait un nombre important dont l'activité serait faible. Toute réforme visant à introduire une mixité doit tenir compte de cette réalité et de l'extrême diversité de taille entre les juridictions. C'est une contrainte importante puisque les principes de la réforme doivent être les mêmes partout pour tenir compte de l'égalité des justiciables devant la justice.

En outre, l'activité très faible de nombreuses juridictions, alors même que le droit devient de plus en plus diversifié et complexe, ne permet pas toujours aux juges élus qui les composent d'acquérir une expérience suffisante et la maîtrise des techniques juridiques, ce qui est une raison de fait importante d'introduire des magistrats du corps judiciaire, même dans les plus petites juridictions qui subsisteront.

Cette hétérogénéité de taille et d'activité se reflète dans le nombre de chambres de chaque juridiction ⁶ :

	Nombre de tribunaux de commerce	Pourcentage
1 chambre	161	71 %
2 chambres	31	13,6 %
3 chambres	12	5,27 %
4 chambres	8	3,5 %
5 chambres	2	0,88 %
6 chambres	3	1,32 %
7 chambres	4	1,76 %
8 chambres	1	0,45 %
9 chambres	3	1,32 %
17 chambres	1	0,45 %
22 chambres	1	0,45 %
TOTAL	227	100 %

⁶ Décret n° 91- 692 du 18 juillet 1991 modifié, pris en application de l'article R 411-2 du Code de l'organisation judiciaire.

Des questions comme la répartition éventuelle des présidences de chambre entre juges élus et magistrats du corps judiciaire ont donc des significations très différentes selon les juridictions.

L'inégalité du volume de l'activité juridictionnelle en première instance se répercute ensuite sur les cours d'appel, dont l'importance des ressorts est au surplus très variable. A cet égard, certaines d'entre elles, en raison du volume de leur activité juridictionnelle, disposent de chambres commerciales, alors que dans d'autres, la matière commerciale est traitée par la chambre civile.

1.2.3. L'organisation interne des juridictions

L'hétérogénéité y est également très forte.

Alors que, dans certaines juridictions, les chambres traitent de contentieux distincts, dans d'autres, en revanche (et inévitablement dans celles ne comportant qu'une seule chambre), elles ont vocation à connaître de contentieux très différents, allant même jusqu'à regrouper le contentieux général et celui des procédures collectives. Parmi les tribunaux comportant deux ou trois chambres, tantôt chacune traite l'ensemble des matières, tantôt une ou deux sont spécialisées dans les procédures collectives, la ou les autres chambres traitant l'ensemble du contentieux général.

Dans un certain nombre de tribunaux de commerce, les chambres sont, de fait, subdivisées en sections présidées, non pas par le président de chambre, mais par un président d'audience ou de section. A l'inverse, il peut exister, comme à Paris, des formations de jugement composées entièrement de présidents de chambre, la présidence étant assurée par l'un d'entre eux. Il arrive aussi que certains présidents de chambre ne président aucune formation de jugement.

De la même façon, les présidents des tribunaux de commerce ont des pratiques très différentes pour déléguer leurs pouvoirs propres (référé, ordonnances sur requête, prévention) comme pour présider ou non des formations de jugement. Dans tel tribunal le président préside l'une des chambres, alors que, dans un autre, d'importance analogue, il ne préside jamais et assure seulement une partie des référés.

Certaines juridictions utilisent la formule du juge rapporteur de manière quasiment systématique, bien que non obligatoire, alors que d'autres n'y ont pas recours.

Cette organisation du travail permet à chaque juridiction d'adapter ses méthodes en fonction de ses besoins, de manière, lorsque cela est nécessaire, à répondre à l'afflux des contentieux et à assurer une spécialisation par type d'affaire.

Cette hétérogénéité de l'organisation actuelle a, en revanche, pour conséquence que l'introduction de la mixité, selon des règles nécessairement uniformes pour assurer l'égalité des justiciables devant la justice, nécessitera une réorganisation interne de nombreux tribunaux.

2 - LA DIVERSITE DES COMPETENCES, DES FONCTIONS ET DES RECOURS

2.1. La diversité des compétences

On distingue traditionnellement deux grands types de compétence d'attribution des tribunaux de commerce, le contentieux dit général et le contentieux des procédures collectives, lequel inclut non seulement le règlement de la défaillance des entreprises, mais peut aussi conduire au prononcé de sanctions contre leurs dirigeants.

Toutefois, la compétence de la justice commerciale s'est profondément élargie au cours des dernières décennies.

S'agissant du contentieux général, si les critères de compétence de ces juridictions, tenant soit à la nature commerciale de la profession exercée, soit à la nature commerciale de l'opération réalisée, demeurent les mêmes, les contentieux désormais traités intéressent des domaines aussi techniques et divers que le contentieux lié aux opérations réalisées sur les marchés boursiers, le droit financier, le droit des sociétés cotées, celui de la concurrence...

Dans ces matières, comme dans le domaine des procédures collectives et de la prévention des difficultés des entreprises, le litige dépasse de plus en plus souvent les seuls intérêts des parties en présence et peut avoir des incidences sur la situation des tiers à l'instance : épargnants, consommateurs, salariés, cocontractants de l'une des parties...

Cette complexité croissante de la législation et l'élargissement des matières traitées conduisent à s'interroger sur la composition actuelle des tribunaux de commerce.

L'introduction de la mixité pourrait être l'occasion, immédiatement ou à terme, d'un regroupement plus rationnel des compétences en matière économique (par exemple, propriété industrielle, baux commerciaux, cession de parts sociales, procédures collectives des agriculteurs et des personnes morales de droit privé non commerçantes, contentieux aujourd'hui traités, pour l'essentiel, par les tribunaux de grande instance...).

2.2. La diversité des fonctions

Les fonctions exercées au sein des tribunaux de commerce se caractérisent par une grande diversité.

S'agissant des fonctions juridictionnelles, se sont développées, à côté des formations collégiales classiques, des fonctions exercées à juge unique, soit au titre des pouvoirs propres du président du tribunal de commerce (ordonnances de référé ou sur requête), soit dans le cadre des attributions du juge-commissaire. Une difficulté particulière existe pour définir les contours que pourrait prendre la mixité pour l'exercice de fonctions à juge unique. Cette question est d'autant plus importante qu'en matière commerciale, l'efficacité d'une décision tient principalement à sa rapidité et que la procédure de référé est donc essentielle.

Ses fonctions d'administration judiciaire confèrent au président, comme à tout chef de juridiction, la responsabilité d'établir l'ordonnance de roulement ⁷, de préparer et d'exécuter le budget.

Il exerce son autorité sur le greffier du tribunal de commerce. A ce titre, il est chargé de surveiller le registre du commerce et des sociétés tenu par le greffier. Il exerce également, notamment en matière de rémunération ⁸, avec le juge commissaire, une mission de contrôle sur l'activité des mandataires de justice.

La prévention des difficultés des entreprises constitue, enfin, une activité propre du président du tribunal de commerce qui, dans un certain nombre de juridictions, revêt une importance particulière et est appelée à se développer.

L'introduction de la mixité suppose de réfléchir à la répartition de ces différents types de fonctions entre juges élus et magistrats du corps judiciaire, l'objectif étant de parvenir non seulement à une organisation rationnelle pour chacune des fonctions, mais aussi à une organisation d'ensemble cohérente.

2.3. La diversité des recours

Alors que la plupart des décisions rendues par les tribunaux de commerce sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel, d'autres, en revanche, celles qui tranchent des demandes dont le principal n'excède pas la valeur de 13.000 Fr (art. 639 C.Com.) ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation. Les recours contre les décisions du juge commissaire sont en principe portés devant le tribunal de commerce (art. 25 D n° 85-1388 27 décembre 1985). Seuls les recours contre les ordonnances rendues en matière d'admission des créances ou de relevé de forclusion, de revendication et de substitution de garantie, sont portés devant la cour d'appel.

L'existence ou non d'une voie de recours de pleine juridiction (par exemple un appel) à l'encontre des décisions rendues par les tribunaux de commerce est à prendre en compte pour déterminer la composition de la juridiction de manière à ce que l'introduction de la mixité permette de mieux respecter l'exigence d'impartialité posée par la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme fait une application plus stricte de cette exigence à l'égard des juridictions qui statuent en dernier ressort ⁹.

⁷ L'ordonnance de roulement fixe la répartition des juges dans les chambres et services du tribunal, le nombre et la nature des audiences (Art. R 412-10 COJ).

⁸ Décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, fixant le tarif des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

⁹ V. *infrap.* 30

3- LES INCERTITUDES QUANT AUX RESSOURCES HUMAINES DISPONIBLES

3.1. Les juges consulaires

3.1.1. Pour les juridictions du premier degré

En l'état actuel, les élections aux tribunaux de commerce donnent souvent lieu à un faible taux de candidatures. Ainsi, dans beaucoup de ressorts le nombre de candidats ne dépasse pas le nombre de sièges à pourvoir, ce qui ne permet pas aux électeurs d'avoir un véritable choix.

Cette situation résulte soit du manque de disponibilité de certains candidats potentiels, qu'il s'agisse des chefs d'entreprise ou de salariés, soit de l'existence, en dehors de tout cadre légal, d'une pré-sélection organisée par les organisations professionnelles, soit encore de la réticence des entreprises à permettre à leurs cadres de se consacrer au tribunal de commerce un ou deux jours par semaine, alors qu'elles continueront à les rémunérer.

En tout état de cause, comme le relève le CNPF dans son rapport de 1997, on constate *«la diminution du nombre de chefs d'entreprise, magistrats consulaires, au moins dans les plus grands tribunaux : 23 % de cadres (54% à Paris et 58 % si l'on ajoute les tribunaux de la couronne), 15% de commerçants en nom propre, 62% de mandataires sociaux»*.

Ce manque de disponibilité explique également la forte proportion des retraités parmi les juges consulaires, ce que traduit la pyramide des âges. Selon des données communiquées par la conférence générale des tribunaux de commerce à la commission, 1328 juges sur un total de 2887, dont l'âge est connu, ont plus de 60 ans (soit 45%). Pour les présidents, qui consacrent une partie plus importante de leur temps à l'activité consulaire, ce pourcentage atteint 66%¹⁰. Plus de 40 présidents, parmi ceux dont l'âge est connu, ont plus de 70 ans.

3.1.2. Pour les cours d'appel

La participation de juges consulaires aux chambres commerciales des cours d'appel, souhaitée par le gouvernement et évaluable à une cinquantaine de postes, peut se heurter à une difficulté due à l'incertitude quant à l'existence de candidatures en nombre suffisant à ces fonctions spécifiques. L'hésitation à entrer dans un univers très différent, le jeu des limites d'âge, l'écart de rémunération entre leur situation dans le privé et leur traitement s'ils étaient intégrés dans la magistrature peuvent être dissuasifs pour nombre de juges consulaires qui présenteraient les aptitudes nécessaires. Si, néanmoins, certains étaient intéressés par ces fonctions, leur décision serait très largement subordonnée, d'une part, aux conditions dans lesquelles ces fonctions seraient exercées et, d'autre part, aux critères de sélection retenus.

¹⁰ Source Conférence générale des tribunaux de commerce

3.2. Les magistrats du corps judiciaire

En première instance, les magistrats du corps judiciaire, s'ils sont appelés à traiter de certains contentieux économiques, n'ont que rarement l'occasion de connaître du contentieux actuellement confié aux tribunaux de commerce. Il n'en va autrement que pour les magistrats exerçant ou ayant exercé dans les tribunaux de grande instance statuant commercialement ou dans les chambres commerciales des tribunaux de grande instance d'Alsace-Moselle (vraisemblablement une centaine sur une période de dix ans). S'agissant des procédures collectives, outre les magistrats des tribunaux de grande instance qui connaissent des procédures visant les non-commerçants, certains magistrats du parquet consacrent un temps significatif à cette activité ; mais les premiers n'ont connaissance qu'occasionnellement de telles affaires et les seconds n'ont pas l'expérience de la participation au jugement civil. Quant aux magistrats traitant, à l'instruction ou en correctionnelle, le droit pénal financier, leur approche de la vie des affaires est centrée par nature sur des aspects particuliers..

Il existe aussi un petit nombre de magistrats, sans doute quelques dizaines, qui ont été détachés dans des administrations, des entreprises publiques ou des autorités administratives indépendantes à vocation économique sans oublier un certain nombre de fonctionnaires issus des administrations économiques et intégrés dans la magistrature.

C'est surtout dans les chambres commerciales des cours d'appel que se trouvent les magistrats, de l'ordre d'une centaine, spécialisés en matière commerciale. Ceux-ci, sous réserve de leurs connaissances personnelles, sont formés à la matière grâce à la collégialité. Cette circonstance milite d'ailleurs en faveur du maintien d'une réelle collégialité dans les formations de jugement, seule à même de permettre l'indispensable débat entre les magistrats sur les dossiers ; elle amène à suggérer qu'un délai de présence en formation collégiale soit prévu avant de pouvoir statuer comme juge unique.

La commission n'a pas eu connaissance d'informations sur l'importance numérique de ces viviers. Leur étroitesse impose, en toute hypothèse, de veiller d'autant plus à ce que les fonctions proposées à ces magistrats dans les tribunaux de commerce soient attractives.

4 - LA DIVERSITE DANS LES OPINIONS SUR LA MIXITE

Les auditions ont fait ressortir des convergences mais aussi des divergences.

4.1. Les convergences

Une unanimité existe pour estimer que le caractère spécifique des tribunaux de commerce, le rôle de régulation économique qui est le leur, impliquent qu'ils continuent d'exercer leur mission dans le souci d'efficacité et de rapidité exigé par la vie des affaires.

Par ailleurs, et sans que ceci soit ressenti comme contradictoire, le principe de l'existence de tribunaux de grande instance à compétence commerciale n'a pas été critiqué. Si certaines organisations professionnelles ont émis le vœu de voir créer de nouveaux tribunaux de commerce là où il n'en n'existe pas, les représentants des professions juridiques et judiciaires qui exercent leur activité auprès de tribunaux de grande instance à compétence commerciale ont clairement fait valoir qu'ils souhaitent ne rien voir modifier.

Il ressort des auditions auxquelles il a été procédé que l'opinion largement dominante admet le principe même de la mixité, souhaité par le gouvernement, en ce qu'elle permet d'associer, dans une même formation de jugement, la connaissance du monde économique par les juges élus et la connaissance et la maîtrise des règles de procédure et de fond par les magistrats professionnels.

Le souci que l'échange de compétences soit réel et fructueux conduit la plupart des personnes entendues à considérer que les fonctions confiées à des magistrats de carrière au sein des tribunaux de commerce devraient l'être à des magistrats expérimentés ayant une parfaite maîtrise de l'instance judiciaire.

L'association des juges élus aux formations de jugement des cours d'appel est généralement admise en son principe, réserve faite des interrogations sur sa mise en oeuvre, certains ayant fait valoir l'absence probable de candidatures en nombre suffisant, hors des quelques juridictions de très grande taille, sauf à considérer que les intéressés puissent poursuivre une activité professionnelle.

Enfin, l'ensemble des interlocuteurs de la commission a souligné que la réussite de la réforme dépendra, non seulement d'un effort de pédagogie pour en expliquer l'économie, mais également de mesures significatives d'accompagnement, en termes de moyens humains et de formation, ainsi que d'une réforme ambitieuse de la carte judiciaire.

Une grande convergence est apparue au sujet de l'importance du rôle du parquet et de la nécessité qui s'impose de renforcer ses moyens afin qu'il puisse assurer effectivement l'intégralité des missions qui lui sont dévolues.

4.2. Les divergences

Le premier champ de divergence d'opinions tient à l'étendue de l'introduction des magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce. Si le domaine des procédures collectives est unanimement compris comme celui où la mixité a vocation à s'appliquer, celui du contentieux général fait l'objet d'observations contrastées. Certains concluent en effet, pour le contentieux général, à l'inutilité d'une réforme, d'autres font état de la spécificité de certains contentieux, qualifiés de «lourds», dont le traitement devrait être différencié de celui du contentieux plus courant.

Le second, plus conflictuel, porte sur la répartition des fonctions entre les magistrats du corps judiciaire et les juges élus. Deux conceptions s'opposent à ce sujet : une première affirme la parfaite identité de situation du juge consulaire et du magistrat de carrière, ce qui conduit à leur attribuer indifféremment les diverses fonctions existant au sein de la juridiction, selon le seul critère de la compétence ; une seconde voit une différence de nature entre le corps consulaire et le corps judiciaire, et souhaite une répartition des fonctions tenant compte de la spécificité de chacun d'entre eux.

La reconnaissance de la spécificité de la juridiction consulaire amène la plupart des personnes entendues à admettre, ou à tout le moins à ne pas exclure, le principe de l'attribution à un juge consulaire de la présidence du tribunal de commerce. En revanche, et selon la ligne de partage qui vient d'être évoquée, les avis sont plus divers en ce qui concerne le périmètre des pouvoirs du président.

Selon la même logique, si la dimension économique des fonctions de juge commissaire, qui prévaut sur leurs aspects strictement juridiques, conduit la plupart des personnalités entendues à considérer qu'elles doivent être exercées par un juge consulaire, dont les prérogatives pourraient être redéfinies dans certains cas au profit de la collégialité, certaines font valoir que cela ne peut être compris comme un principe.

Quant à la présidence des formations de jugement, la variété des opinions est très forte.

Beaucoup de juges consulaires ont accepté le principe de la présence de magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce, conforme à l'idée d'échange de compétence, dans la mesure où elle se réalise uniformément dans tous les tribunaux.

En revanche, la plupart est opposée à ce que les formations de jugement soient présidées par des magistrats de carrière, ce qui paraîtrait constituer une forme d'échevinage plaçant les juges consulaires sous le contrôle d'un magistrat nommé et qui, à leurs yeux, aurait un caractère de sanction. Ils ne conçoivent la présence de magistrats de carrière qu'à titre d'assesseurs, voire même, pour certains, de conseillers techniques.

Pour la plupart des juges consulaires, l'affectation de la présidence des procédures collectives à un magistrat nommé présenterait le même caractère de sanction et porterait, en outre, atteinte à leur «imperium».

L'introduction de la mixité leur paraît difficilement compatible avec la diversité du paysage des juridictions consulaires. Envisageable pour les grands tribunaux, elle ne le serait pas pour les autres ; mais ils font eux-mêmes remarquer que cette distinction conduirait à une justice commerciale «à deux vitesses».

En revanche, la grande majorité des représentants du corps judiciaire ainsi que les personnalités entendues sur les sujets de constitutionnalité et de respect de la Convention européenne des droits de l'homme, faisant valoir la différence des statuts respectifs des juges consulaires et des magistrats du corps judiciaire, considèrent qu'il est difficilement envisageable que ces derniers puissent participer à une formation de jugement sans en assurer la présidence.

Néanmoins, les magistrats du corps judiciaire ne revendiquent pas, pour la majorité d'entre eux, une participation à l'activité de l'ensemble des chambres.

Ces divergences ne traduisent toutefois pas des prises de position parfaitement homogènes ni figées. Lors des auditions, la Conférence générale des tribunaux de commerce a précisé que les juges consulaires ne devraient pas être exclus de la présidence des formations de jugement. Le MEDEF a indiqué de son côté que les magistrats de carrière ne devraient pas occuper «de droit» cette fonction.

Il est ainsi apparu à la commission que la grande majorité de ses interlocuteurs a montré un souci de prendre en considération les arguments de ceux qui ne partagent pas leur point de vue et d'en tenir compte dans la définition de leur propre position.

B- LES DONNÉES JURIDIQUES

La mise en place de la mixité dans les tribunaux de commerce nécessite une refonte substantielle des règles applicables, non seulement à la composition de ces juridictions, mais également à leur fonctionnement et à leur organisation.

Si, ainsi qu'il a pu être dit précédemment, la notion même de mixité constitue un concept nouveau, dès lors qu'elle n'est pas réduite à l'échevinage, les contours qui en seront proposés devront, en toute hypothèse, respecter la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme.

La prise en compte des contraintes juridiques est particulièrement importante pour deux raisons.

En premier lieu, l'organisation des tribunaux de commerce, leurs modes de fonctionnement se fondent largement sur des textes anciens qui, comme tout texte ancien, ne sont pas passés, lorsqu'ils ont été adoptés, par le filtre de l'examen de leur compatibilité avec la Constitution et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Dès lors que des textes nouveaux interviendront, il faut, non seulement assurer la conformité de ces derniers, mais aussi s'interroger sur la compatibilité avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles des dispositions subsistant des textes antérieurs.

En second lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme, s'est considérablement développée dans la période la plus récente : toute réforme des tribunaux de commerce, pour y introduire la mixité, doit prendre en compte ces développements nouveaux, comme devront tôt ou tard les prendre en considération les textes relatifs à de nombreuses juridictions ou à des autorités indépendantes appelées à prendre des décisions touchant aux droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme.

1 - LES DONNEES CONSTITUTIONNELLES

L'organisation de la réforme des tribunaux de commerce doit être examinée au regard des principes constitutionnels suivants:

- le principe d'égalité (article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et article 3 de la Constitution).
- le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire (article 64 alinéa 1er de la Constitution)
- le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège (article 64 alinéa 4 de la Constitution).

Mais les données telles que la compétence du législateur pour la fixation des règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats (article 34 et 64 alinéa 3 de la Constitution), ainsi que la notion de juge naturel, doivent, elles aussi, être prises en compte.

1.1. Les principes constitutionnels

1.1.1. Le principe d'égalité

Principe républicain par excellence, l'égalité des citoyens devant la loi proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et solennellement réaffirmée par le préambule de la Constitution inclut le principe d'égalité devant la justice comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision relative au juge unique en matière pénale¹¹.

Par ailleurs, le principe d'égalité devant la loi électorale, consacré à l'article 3 de la Constitution, trouve également à s'appliquer à la désignation des membres d'une juridiction, ainsi que le Conseil Constitutionnel l'a décidé, dans le cas des conseils de prud'hommes¹².

1.1.1.1. Le principe d'égalité devant la justice

Le principe d'égalité devant la justice fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et ayant à faire trancher des litiges d'un même type soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes.

Bien évidemment, ce principe ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit¹³.

Le Conseil constitutionnel va ainsi vérifier que le législateur s'est fondé sur des critères objectifs, rationnels et proportionnés aux buts qu'il s'est donnés. En d'autres termes, il s'attache à vérifier l'existence d'une adéquation entre les différences de traitement instituées et le but du législateur.

En matière judiciaire, le Conseil constitutionnel a validé l'institution d'une cour d'assises exclusivement composée de juges professionnels, compétente pour juger les auteurs d'infractions liées à des actes de terrorisme, après avoir constaté que cette dérogation était en l'espèce justifiée par une considération d'intérêt général : assurer l'indépendance de la justice et la sérénité des débats en évitant les pressions

¹¹ décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975 JO des 24-25 juillet 1975 p. 7533 et 7534

¹² décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979 JO du 19 janvier 1979 p. 173

¹³ décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 JO du 24 janvier 1990 p. 972

susceptibles d'être exercées sur les jurés. Toutefois, cette différence de traitement n'a été admise que pour le jugement des seules infractions liées à des actes à caractère terroriste, le Conseil constitutionnel estimant en revanche contraire au principe d'égalité la compétence de cette cour pour connaître des infractions ne présentant pas le même caractère¹⁴.

S'agissant de l'organisation judiciaire actuelle en matière commerciale, celle-ci ne présente pas, on l'a vu, un caractère uniforme¹⁵ et il n'est pas certain que la diversité des systèmes existants puisse satisfaire aux exigences posées par le Conseil constitutionnel, telles qu'évoquées précédemment.

Il est vraisemblable que le Conseil constitutionnel pourrait admettre le maintien des chambres échevinées des tribunaux de grande instance d'Alsace-Moselle, soit en se fondant sur la situation particulière de ces départements, dans lesquels une législation différente s'applique depuis 1870, soit en estimant que la loi du 1er juin 1924 et les lois postérieures qui ont maintenu cette législation en vigueur ont posé un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Quant à la spécificité de l'organisation judiciaire des territoires et collectivités d'outre-mer (tribunaux mixtes de commerce, tribunaux de première instance), elle trouve son fondement dans l'application du principe de spécialité législative posé par l'article 74 de la Constitution. Dans les départements d'outre-mer, l'existence de tribunaux mixtes de commerce, différents des tribunaux de commerce métropolitains, peut être considérée comme une mesure d'adaptation rendue nécessaire par la situation particulière de ces départements, entrant dans les prévisions de l'article 73 de la Constitution.

En revanche, s'agissant des tribunaux de grande instance statuant en matière commerciale, leur maintien peut difficilement être admis dès lors qu'une loi nouvelle reposerait sur l'idée que la mixité est indispensable à une bonne justice commerciale, sauf à considérer que leur compétence, subsidiaire, est justifiée par le principe de continuité du service public de la justice et par celui selon lequel la juridiction de droit commun a vocation à connaître de tous les litiges qui ne peuvent pas être attribués à une autre juridiction¹⁶, mais encore faudrait-il démontrer l'impossibilité de créer dans ces ressorts des tribunaux de commerce.

1.1.1.2. Le principe d'égalité devant la loi électorale

Son respect s'impose pour la détermination des règles d'élection des juges consulaires. Dans sa décision du 17 janvier 1979¹⁷, le Conseil constitutionnel a censuré, comme étant contraire au principe du suffrage égal, le vote plural prévu en matière d'élection des conseillers prud'hommes.

¹⁴ décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986 JO du 5 septembre 1986 p. 10.786

¹⁵ Voir supra p. 6

¹⁶ voir art. L 411-3 COJ

¹⁷ décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979 JO du 19 janvier 1979 p.173 (cf. note n°12)

Il a considéré que «*si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi*». Il a ainsi considéré que «*s'agissant de la désignation de membres d'une juridiction, la circonstance que des électeurs emploient un nombre de salariés plus important que d'autres ne justifie pas que leur soit attribué un droit de vote plural ; qu'en effet cette différenciation n'est pas compatible avec la finalité d'une opération électorale qui a pour seul objet la désignation de membres d'une juridiction et est dépourvue de tout lien avec les considérations qui doivent présider à cette désignation; que, dès lors, l'attribution de voix supplémentaires à des électeurs employeurs en fonction du nombre des salariés qu'ils occupent est contraire au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'à la règle de l'égalité du suffrage*».

Cette exigence d'égalité conduit à s'interroger sur la composition actuelle du corps électoral des tribunaux de commerce, qui ne comprend pas un certain nombre de catégories de professionnels¹⁸, susceptibles pourtant d'être attirés devant ces juridictions.

1.1.2. Le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire

Ce principe est consacré par le premier alinéa de l'article 64 de la Constitution qui dispose que «*le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*».

Son respect est assuré, d'une part, par l'existence du Conseil Supérieur de la Magistrature, dont la composition et le rôle sont définis par l'article 65 de la Constitution, et, d'autre part, par le renvoi à une loi organique pour la définition du statut des magistrats (article 64 alinéa 3).

Enfin, l'indépendance des magistrats du siège postule leur inamovibilité, également consacrée par la Constitution (article 64 alinéa 4).

Si le champ d'application de ces dispositions, qui constituent le titre VIII de la Constitution relatif à «*l'autorité judiciaire*», concerne les magistrats soumis au statut de la magistrature, il n'est pas contestable que l'indépendance des juges consulaires doit être également garantie.

Toutefois, les garanties de cette indépendance, qui doivent être fixées par une loi ordinaire conformément à l'article 34 de la Constitution, ne peuvent avoir la même valeur juridique que celles posées par le statut de la magistrature déterminé par une loi organique.

Concrètement, l'indépendance doit être assurée à l'égard du pouvoir exécutif, des parties ou d'intérêts particuliers.

¹⁸ cf. infra p. 26, 56 et 58

Le statut de la magistrature vise surtout à organiser l'indépendance des magistrats du corps judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif qui intervient dans le déroulement de leur carrière. De ce point de vue, en raison de leur mode de recrutement et de l'absence de carrière, les juges consulaires sont dans une situation qui leur assure normalement une indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Leur indépendance à l'égard des parties ou d'intérêts particuliers doit, en revanche, être plus particulièrement assurée dans la mesure où ils exercent par ailleurs une activité professionnelle dont ils continuent à tirer leur rémunération et qui est de nature à créer des liens avec certains justiciables. Cette question est d'autant plus importante que de nombreux juges consulaires sont des cadres salariés d'entreprise et donc soumis à une subordination hiérarchique.

L'indépendance doit être également assurée à l'intérieur des juridictions. Cette indépendance, parfois qualifiée «d'indépendance interne», impose que l'affectation des magistrats du siège entre les différentes chambres de la juridiction et la répartition des affaires soient entourées de garanties particulières. Elle exclut que le président de la juridiction puisse, en dehors des cas de suppléance nécessaire, désigner ponctuellement des magistrats pour une affaire particulière ce qui, en outre, méconnaîtrait la règle selon laquelle le tribunal doit être «pré-constitué» afin de garantir son impartialité et l'égalité devant la justice.

A cet égard, on peut s'interroger sur la constitutionnalité des dispositions permettant au président de la juridiction de présider une formation de jugement lorsqu'il l'estime convenable ¹⁹.

Dès lors qu'elles peuvent avoir une incidence sur l'indépendance des magistrats du siège, les règles d'organisation judiciaire doivent être édictées par le pouvoir législatif et entourées de garanties particulières. C'est pourquoi les dispositions du code de l'organisation judiciaire relatives à l'ordonnance de roulement qui, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, ont été inscrites dans la partie législative de ce code ²⁰, précisent que la répartition des juges entre les chambres et les services du tribunal est établie au début de l'année judiciaire, après avis de l'assemblée générale, et ne peut être modifiée en cours d'année que pour prendre en compte une modification de la composition de la juridiction. En ce qui concerne les tribunaux de commerce, des dispositions comparables existent mais elles figurent seulement dans la partie réglementaire du code ²¹.

De la même façon, les conditions dans lesquelles un magistrat du siège peut être délégué dans les tribunaux du ressort de la cour d'appel dans laquelle il exerce, pour assurer le service juridictionnel dont le titulaire est momentanément empêché, sont inscrites dans une disposition à caractère législatif ²² et entourées de garanties particulières tenant à la durée et au nombre de remplacements que peut effectuer un magistrat au cours d'une même année judiciaire.

1.1.3. L'inamovibilité des magistrats du siège

L'article 64 de la Constitution dispose que, lorsqu'ils appartiennent au siège, les magistrats sont inamovibles. Cette disposition signifie très concrètement qu'un magistrat du siège ne peut faire l'objet d'une affectation ou d'une promotion qu'avec son consentement, qui s'exprime à travers des desiderata. Le respect de cette norme est garanti par le Conseil Supérieur de Magistrature, institué par l'article 65 de la Constitution, dont l'avis conforme, voire la proposition, est requis pour toute nomination.

¹⁹ Art. R 412-7 al 2 COJ

²⁰ Art. L 710-1 COJ

²¹ Art. R 412-10 COJ

²² Art. L 221-1 COJ

Si des dérogations à ces règles statutaires existent lorsque les chefs de cours procèdent à l'affectation temporaire de magistrats de leur ressort dans une juridiction dans laquelle ils n'ont pas été nommés, celles-ci doivent être entourées de garanties et sont strictement encadrées. Ces considérations ont conduit le Conseil constitutionnel²³, à déclarer contraire à la Constitution une disposition qui, sans garanties suffisantes, permettait au premier président d'affecter des magistrats du siège dans les juridictions de son ressort pour y assurer un service juridictionnel dont le titulaire se trouvait momentanément empêché. Le Conseil a en effet considéré que le changement facultatif d'affectation prévu par ce texte, n'étant subordonné ni au consentement du magistrat concerné ni à aucune autre condition légale en dehors de l'expiration d'un délai, n'offrait pas de garanties suffisantes au regard de l'article 64 de la Constitution. A la suite de cette décision, une nouvelle loi organique a précisé les conditions dans lesquelles un magistrat placé pouvait être affecté dans une juridiction du ressort de la cour d'appel pour y assurer des remplacements²⁴.

En revanche, le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège ne fait pas obstacle à la limitation dans le temps de l'exercice de certaines fonctions judiciaires. Tel est le cas des fonctions de conseillers référendaires dont l'exercice est limité à 10 ans. Toutefois, cette limitation n'a été admise par le Conseil constitutionnel que sous réserve de garanties particulières prévues par la loi organique quant à l'affectation des intéressés au terme de ce délai²⁵. Dans un premier temps²⁶, la haute juridiction avait d'ailleurs censuré une disposition prévoyant l'affectation d'office sur un emploi de magistrat du siège de ces conseillers référendaires dans des conditions prévues par un décret.

Les règles de nomination prévues par la Constitution et par la loi organique ne concernent que la nomination à des emplois de magistrats dans les tribunaux de grande instance, d'instance, dans les cours d'appel et à la Cour de cassation.

S'agissant des juridictions spécialisées, l'identification du magistrat, chargé d'en assurer la présidence, est prédéterminée par la loi. Ainsi, le tribunal paritaire des baux ruraux est présidé, en vertu de l'article L 441-2 du code de l'organisation judiciaire, par un juge du tribunal d'instance dans le ressort duquel cette juridiction a son siège. Il en est de même du juge départiteur qui est un juge du tribunal d'instance dans le ressort duquel est situé le conseil de prud'hommes (art L 515-3 C. trav.). Enfin, le tribunal des affaires de sécurité sociale, en application de l'article L 142-4 du code de la sécurité sociale, est présidé soit par un magistrat du siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le T.A.S.S. a son siège, soit par un magistrat honoraire, désigné par le premier président de la cour d'appel après avis de l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel.

²³ décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980 JO du 25 octobre 1980 p. 2491

²⁴ Art. 1er I 2) de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 : il s'agit d'un magistrat, généralement en début de carrière, affecté auprès du premier président ou du procureur général pour effectuer à titre temporaire des missions de remplacement ou de renfort dans les juridictions de première instance du ressort

²⁵ décision n° 67-33 DC du 12 juillet 1967 JO du

²⁶ décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967 JO des 20-22 février 1967 p. 1793

En règle générale, la charge de travail de ces juridictions n'occupe que partiellement les magistrats du siège qui en assurent la présidence et qui continuent d'exercer l'essentiel de leur activité soit au tribunal d'instance, soit au tribunal de grande instance dans lequel ils sont nommés. Tel ne sera pas nécessairement le cas pour les magistrats affectés dans les tribunaux de commerce importants où ils pourront être occupés à plein temps.

1.2. Les autres données

1.2.1. La compétence du législateur en matière de création d'ordres de juridiction.

Au terme de l'article 34 de la Constitution, «*la loi fixe les règles concernant ... la création de nouveaux ordres de juridictions*».

Depuis une décision ²⁷ concernant la création d'un tribunal d'instance à compétence exclusive en matière pénale, le Conseil constitutionnel a donné une interprétation très extensive non seulement de la notion même «d'ordre de juridiction» mais également de celle de «règles de création».

Pour le Conseil constitutionnel, toute création d'un type nouveau de juridiction relève du domaine de la loi. Ainsi ont été considérés comme des ordres de juridiction, les conseils de prud'hommes ²⁸, les tribunaux pour enfants ²⁹, les chambres de l'expropriation ³⁰, la chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation ³¹.

Le Conseil considère par ailleurs que l'ensemble des règles constitutives de cette nouvelle juridiction, notamment celles relatives à sa composition et à sa compétence d'attribution, relèvent de la compétence du législateur.

S'agissant de la composition, sont concernés la collégialité, la parité, la définition des catégories de juges (échevins, juges ordinaires, magistrats de carrière). Est en revanche exclue du domaine de la loi la détermination du nombre de magistrats affectés dans une juridiction. Dans ces conditions, l'introduction de magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce relève de la compétence législative ³².

²⁷ décision n° 61-142 DC du 18 juillet 1961 JO du 29 juillet 1961 p. 7008

²⁸ décision n° 64-6 FNR du 22 mai 1964 JO du 31 mai 1964 p. 4644

²⁹ décision n° 31 L du 21 décembre 1964 JO des 29-30 décembre 1964 p. 11.862

³⁰ décision n° 33 L du 9 février 1965 JO des 21-23 mars 1965 p. 2312

³¹ décision n° 99 L du 20 juillet 1977 JO du 23 juillet 1977 p. 3902

³² cf. décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 1962 concernant un décret ayant substitué, à une section disciplinaire spéciale au sein du conseil national de l'ordre des médecins composée d'élus, une formation mixte présidée par un magistrat administratif et comprenant deux représentants des organismes de sécurité sociale et deux médecins.

La compétence du législateur pour fixer la composition d'une juridiction revêt un caractère impératif en ce sens qu'elle ne saurait être déléguée au pouvoir réglementaire ou à des chefs de juridiction. Ainsi, le Conseil constitutionnel a décidé qu'était contraire à la Constitution la faculté laissée par le législateur au président du tribunal de grande instance de décider, «*en matière pénale de manière discrétionnaire et sans recours si ce tribunal sera composé de trois magistrats ou d'un seul magistrat*»³³.

S'agissant de la mixité au sein des tribunaux de commerce, la faculté laissée aux chefs de juridiction de déterminer si la formation de jugement comprend ou non un magistrat de carrière, et si celui-ci la préside, étant de nature à modifier de façon substantielle la nature de la juridiction, porterait également atteinte au principe selon lequel la juridiction doit être préconstituée par la loi.

La détermination de la compétence d'attribution de la juridiction fait également partie des règles constitutives de l'ordre de juridiction. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que, non seulement par leur composition, mais par leur compétence limitée à la fixation des indemnités dues aux cas d'expropriation, les chambres d'expropriation constituent un ordre nouveau de juridiction, distinct de celui formé par les juridictions de droit commun³⁴.

Il en résulte que la répartition éventuelle des contentieux, au sein d'une même juridiction, entre des formations de jugement différemment composées, ne peut résulter que d'une disposition législative. Il est donc impossible de laisser au chef de cour le soin de déterminer, par exemple, que la formation de jugement en matière de procédure collective serait mixte, alors que celle en matière de contentieux général ne le serait pas.

1.2.2. La compétence du législateur pour la détermination du statut des magistrats

L'article 34 de la Constitution prévoit que la loi fixe les règles concernant le statut des magistrats et l'article 64, qu'une loi organique porte statut des magistrats.

Le Conseil constitutionnel a énoncé qu'il résultait des dispositions de l'article 64 de la Constitution et de leur rapprochement avec les articles 65 et 66, que le renvoi à une loi organique portant statut des magistrats visait seulement les magistrats de l'ordre judiciaire³⁵.

Dans ces conditions, l'ensemble des règles relatives au mode de désignation des juges consulaires ainsi que les règles relatives aux droits et obligations auxquels ils sont soumis relèvent d'une loi ordinaire. Il ne peut donc y avoir un statut unique s'appliquant aux deux catégories de juges.

1.2.3. La notion de juge nature

Cette notion a été consacrée par la loi des 16-24 août 1790 dont l'article 17, notamment, dispose que les justiciables ne peuvent être distraits de leurs juges naturels. Elle se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsqu'il évoque des matières «*réservées par nature à l'autorité judiciaire*»³⁶. Toutefois, jusqu'à présent, le Conseil n'a utilisé cette notion que pour délimiter les compétences respectives des

³³ décision n° 75-56 du 23 juillet 1975 JO des 24-25 juillet 1975 p. 7533 et 7534 (cf. note n° 11)

³⁴ décision n° 33 L du 9 février 1965 JO des 21-23 mars 1965 p. 2312 (cf. note n° 29)

³⁵ décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995 JO du 14 janvier 1995 p. 727

³⁶ décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur le Conseil de la concurrence JO du 25 janvier 1987 p. 924

juridictions judiciaires et administratives³⁷. En revanche, il semble qu'il n'ait jamais été amené à se prononcer sur l'application de cette notion pour délimiter, à l'intérieur de l'ordre judiciaire, la compétence respective des différentes catégories de juridictions.

Pour les tribunaux de commerce, la notion de juge naturel peut trouver un écho dans la consécration, par la même loi des 16-24 août 1790, du principe de l'élection des juges consulaires. Toutefois, l'élection des juges consulaires ainsi affirmée n'a vraisemblablement pas de valeur constitutionnelle. D'une part, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision précitée du 23 Janvier 1987, a décidé que les articles 10 et 13 de cette loi, relatifs à la séparation des autorités législative et judiciaire, n'avaient pas en eux mêmes valeur constitutionnelle ; on peut penser qu'il en serait de même pour les dispositions de la loi relative à l'élection des juges consulaires. D'autre part, cette élection, supprimée par le code de commerce de 1807 pour n'être rétablie qu'à la fin du XIX^e siècle, ne paraît pas constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, compte tenu des critères retenus en la matière (consécration par une loi de la République, absence d'interruption dans le principe, principe concernant une liberté fondamentale).

Si la notion de juge naturel, qui trouve sa traduction dans l'élection des juges, peut-être invoquée à l'égard des justiciables ayant la qualité de commerçants, en revanche, s'agissant des non-commerçants elle conduit, soit à revoir les mécanismes d'élection, soit à introduire des magistrats professionnels.

2- LES PRINCIPES CONVENTIONNELS

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans son préambule, se donne comme finalité d'assurer la «*prééminence du droit*» dans une société démocratique. Or, la prééminence du droit ne se conçoit pas sans la possibilité d'accéder à une justice indépendante et impartiale ; elle suppose plus généralement que soit garanti, selon la terminologie de la Cour européenne des droits de l'homme, «*le droit à un procès équitable*»³⁸.

2.1. Les principes d'indépendance et d'impartialité du tribunal.

Le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne pose le principe du droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Le contour de cette notion a été précisé aux termes d'une jurisprudence abondante, mais nuancée, de la Cour européenne qui tient largement compte des circonstances particulières de chaque espèce.

³⁷ décision n° 96-378 du 23 juillet 1996 sur l'Autorité de régulation des télécommunications JO du 27 juillet 1996 p. 11.400

³⁸ CEDH 21 février 1975, Golder

2.1.1. L'indépendance de la juridiction

Celle-ci signifie que les membres de la juridiction doivent être à l'abri de toute pression extérieure, notamment de celles des parties, et libérés de toute subordination hiérarchique, en particulier à l'égard du pouvoir exécutif.

Cette indépendance est d'ailleurs entendue largement par la Cour européenne qui a pu développer la notion «*d'apparence d'indépendance*»³⁹, puis plus récemment, tenir compte pour déterminer si un organe «*peut passer pour indépendant, (...) de l'existence de garanties contre les pressions extérieures et du point de savoir si le tribunal offre l'apparence d'indépendance*»⁴⁰.

Pour la Cour européenne, l'exigence de la garantie d'indépendance est méconnue dès lors qu'un élément peut légitimement faire douter de l'indépendance du tribunal, sans avoir à vérifier qu'il ait eu des conséquences effectives. La Cour va donc vérifier que le mode de désignation, la durée des mandats de ses membres et l'existence de protections légales contre les pressions extérieures garantissent l'indépendance de la juridiction.

Cette exigence d'indépendance des membres d'une juridiction à l'égard des parties, au sens de l'article 6.1 de la Convention, vient d'être affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 1998 relatif aux tribunaux du contentieux de l'incapacité⁴¹. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé que la cause n'avait pas été entendue par un tribunal indépendant dès lors que cette juridiction était présidée par un représentant de la direction régionale des affaires de sécurité sociale, estimant que «*ce fonctionnaire, soumis à une autorité hiérarchique, a du fait de ses fonctions administratives, des liens avec la caisse primaire, partie au litige ; qu'en vertu de l'article R 143-4 du code de la sécurité sociale, il désigne le médecin expert appartenant à cette juridiction ; qu'en application de l'article R 143-11 du même code, il a voix prépondérante en cas de partage de voix ; que ces éléments étaient de nature à faire naître, dans l'esprit du justiciable, des doutes légitimes sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal*».

Il résulte de cet arrêt que l'indépendance du juge peut être compromise soit lorsqu'il est soumis à une subordination hiérarchique, soit lorsqu'il entretient des liens, y compris fonctionnels, avec une partie.

2.1.2. L'impartialité du tribunal

Ni la Cour européenne ni les juridictions nationales n'ont eu à se prononcer sur la conformité actuelle des tribunaux de commerce à l'exigence d'impartialité du tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La commission a donc dû raisonner par analogie avec tous les risques que cela comporte.

³⁹ CEDH 17 janvier 1970, Delcourt

⁴⁰ CEDH 28 juin 1984 Campbell et Fell

⁴¹ Cass. Soc. 17 décembre 1998

2.1.2.1. La jurisprudence de la Cour européenne

La Cour distingue, tout d'abord, une impartialité subjective. C'est celle du juge en son for intérieur, dans telle circonstance. Cette impartialité se présume jusqu'à la preuve du contraire. Ainsi, la Cour européenne a-t-elle considéré que l'impartialité personnelle du magistrat est présumée dès lors qu'elle ne fait l'objet d'aucun reproche exprès de la part du requérant. Sur la base de ces critères, la Cour européenne a, par exemple, condamné la France pour défaut d'impartialité d'un jury criminel dans lequel l'un des jurés avait tenu des propos racistes devant témoin⁴².

Elle apprécie ensuite l'impartialité objective. Il faut que le tribunal donne toute apparence de garantie organique pour exclure tout doute légitime dans l'esprit du justiciable. La Cour européenne a rendu plusieurs arrêts condamnant des pays, pour des cas où les magistrats ne lui étaient pas apparus comme suffisamment impartiaux, notamment parce qu'ils avaient siégé à différents degrés d'instance dans une même affaire.

On peut citer à ce titre l'arrêt *Piersack contre Belgique* : «*Si un juge après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité*»⁴³. On trouve une autre illustration de cette condamnation pour absence d'impartialité apparente dans le cas de l'exercice, par un même magistrat, des fonctions de juge d'instruction puis de juge du fond dans une affaire donnée⁴⁴. Toutefois, la Cour européenne évolue vers un assouplissement de sa jurisprudence. Cet assouplissement concerne d'abord, depuis l'arrêt *Hauschildt*⁴⁵, l'interdiction du cumul des fonctions d'instruction et de jugement, la Cour européenne ayant retenu une conception objective de l'impartialité. Elle a même jugé dans le cas des juges des enfants que le cumul de ces fonctions ne constitue pas une violation de l'article 6⁴⁶. Elle se tournerait dorénavant davantage vers un contrôle de l'étendue, de la nature et de la portée des mesures adoptées par le juge avant qu'il ne connaisse l'affaire une seconde fois. Il a ainsi été jugé que la participation d'un juge du fond à l'instruction ne permettait pas, en raison de son rôle «*limité*», de douter de l'impartialité du tribunal.⁴⁷

⁴² CEDH 23 avril 1996 Remly c. France

⁴³ CEDH 1er octobre 1982

⁴⁴ CEDH 26 octobre 1984 De Cubber

⁴⁵ CEDH 24 mai 1989 Hauschildt

⁴⁶ CEDH 24 août 1993 Nortier c. Pays-Bas

⁴⁷ CEDH 22 février 1996 Bulut c. Suisse

2.1.2.2. La jurisprudence française

Cette jurisprudence européenne n'est pas restée sans effet sur la jurisprudence française.

La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi décidé, aux termes de deux décisions du 31 mars et du 28 avril 1998⁴⁸, que les cas de récusation prévus à l'article 341 du nouveau code de procédure civile n'épuisaient pas nécessairement l'exigence d'impartialité et qu'il convenait de rechercher s'il n'existait pas une cause permettant objectivement de douter de l'impartialité d'une juridiction.

La prise en compte de l'étendue, de la nature et de la portée des mesures adoptées par le juge avant qu'il ne connaisse l'affaire une seconde fois, paraît être un critère retenu au plan national pour l'appréciation du caractère impartial de la juridiction. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé plusieurs décisions des juges du fond pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention parce qu'un juge, ayant participé au jugement, avait déjà eu à connaître de la même affaire et l'occasion de porter une appréciation au fond sur les faits⁴⁹. De la même façon, la deuxième chambre civile a également décidé qu'un même magistrat ne pouvait pas siéger en appel après avoir siégé en première instance dans une même affaire⁵⁰.

Dans des arrêts récents d'une particulière importance, la Cour de cassation s'est prononcée sur la participation à une formation de jugement statuant au fond d'un magistrat ayant eu à connaître de l'affaire en référé. Ainsi, aux termes d'un arrêt d'Assemblée plénière du 6 novembre 1998⁵¹, elle a considéré qu'étaient méconnues les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne lorsque le juge des référés avait eu à statuer sur l'octroi d'une provision. Elle a en revanche estimé, dans un autre arrêt rendu le même jour⁵², que ces dispositions n'étaient pas violées lorsque le juge des référés avait pris une mesure conservatoire. Dans cette orientation, elle a jugé, le 5 février 1999⁵³, que ne pouvait participer au délibéré de la Commission des opérations de bourse, celui de ses membres ayant exercé des fonctions de rapporteur et chargé de procéder à ce titre «à une instruction sur les faits (...) et à toutes investigations utiles».

2.1.2.3. La mixité au regard de l'exigence d'impartialité

La Cour européenne a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité, avec l'exigence d'impartialité, d'une formation de jugement associant des magistrats professionnels et des juges élus. Il s'agissait cependant de juridictions très différentes des tribunaux de commerce français.

⁴⁸ Cass. Civ. 1 B I n°

⁴⁹ V. ex. Cass. Crim. 16 octobre 1991

⁵⁰ Cass Civ. II 3 juillet 1985 Gaz. Pal. 1986 Som. 88 Obs. Guinchard et Moussa

⁵¹ Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998

⁵² Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998

⁵³ Cass. Ass. Plén. 5 février 1999 JCP 99 II n° 10.060

Dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*⁵⁴, la Cour a estimé que le conseil d'appel de l'ordre des médecins belge, composé de 10 médecins élus et de 10 conseillers à la cour d'appel, était une juridiction impartiale au motif que la présence de magistrats du siège, détenant notamment la présidence avec voix prépondérante, donnait un gage certain d'impartialité et que le système d'élection des membres médecins ne saurait suffire à étayer une accusation de partialité.

Dans l'arrêt *Langborger contre Suède*⁵⁵, elle a estimé que ne présentait pas toutes les garanties d'impartialité, en raison du doute légitime pesant à cet égard sur deux de ses membres, une juridiction statuant en matière de litiges locatifs, composée de deux magistrats professionnels et de deux assesseurs, représentant paritairement les fédérations de bailleurs et de locataires avec lesquelles ces assesseurs entretenaient des liens étroits et qui étaient intéressées à voir subsister une clause contestée par le requérant.

Deux enseignements peuvent être dégagés de ces deux arrêts.

En premier lieu, l'élection des juges n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'exigence d'impartialité, mais ils ne doivent ni avoir été désignés voire recommandés par des personnes intéressées au litige, fut ce indirectement, ni même avoir de liens étroits avec elles.

En second lieu, la présence de magistrats professionnels disposant de la majorité des voix ou, à tout le moins, de la présidence de la formation de jugement, si elle contribue à renforcer l'impartialité du tribunal, n'est pas nécessairement suffisante. En effet, la Cour européenne a jugé que l'existence d'un doute légitime sur l'impartialité d'un ou plusieurs des assesseurs, fussent-ils minoritaires, pouvait être de nature à rejaillir sur l'impartialité de la juridiction dans son ensemble.

Cette préoccupation se retrouve dans l'arrêt *Inkal contre Turquie*⁵⁶ selon lequel la présence, au sein de la Cour de sûreté de l'Etat devant laquelle devait comparaître un civil, d'un juge militaire bénéficiant pourtant d'un statut fournissant certains gages d'indépendance et d'impartialité, pouvait légitimement faire craindre que cette Cour ne se laisse guider par des considérations étrangères à la nature de la cause.

Enfin, l'exigence d'impartialité est appréciée différemment selon que les décisions de la juridiction concernée pourront ou non être déférées au contrôle d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant lui même toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance⁵⁷.

Il n'est pas sûr que cette jurisprudence puisse être appliquée à des juridictions telles que les tribunaux de commerce, mais il est certain qu'il doit en être tenu compte pour tous les cas où les jugements des tribunaux de commerce ne sont pas susceptibles d'appel ainsi que pour l'organisation des formations d'appel.

⁵⁴ CEDH 13 juin 1981

⁵⁵ CEDH 22 juin 1989

⁵⁶ CEDH 9 juin 1998

⁵⁷ CEDH 13 juin 1981 *Le Compte et consorts précité*. - CEDH 26 août 1997 *De Haan c./ Pays-Bas*. - voir *supra*

2.2. Les autres éléments du droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable ne se résume pas au droit à un tribunal impartial. D'autres garanties s'ajoutent à l'impartialité, comme celles posées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le premier concerne la présomption d'innocence et le suivant assure les grands principes des droits de la défense permettant que celle-ci soit «*concrète et effective*». A ce titre la Cour a rappelé «*que les garanties du paragraphe 3 constituent des aspects particuliers de la notion de procès équitable contenue dans le paragraphe 1*»⁵⁸.

La notion générale de procès équitable permet à la Cour européenne de dégager d'autres garanties comme, par exemple, la nécessité de motiver les jugements, mais la jurisprudence a surtout mis en relief le principe de l'égalité des armes. Ce dernier est apparu pour la première fois dans l'arrêt «*Szwabowicz contre Suède*»⁵⁹. Cette décision indique : «*le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention paraît impliquer que toute partie à une action civile doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse*». Cet arrêt révèle que le principe de l'égalité des armes affirmé clairement pour la matière pénale aux paragraphes 2 et 3 de l'article 6, s'applique également à une instance civile.

Dans ces conditions, le respect du principe d'égalité des armes devant être assuré par le tribunal de commerce, comme par toutes les autres juridictions, se pose, en matière de procédures collectives, la question des voies de recours ouvertes au ministère public et non aux autres parties. Bien qu'il ne soit pas dans la mission de la commission de la trancher, il convient d'observer que cette prérogative du ministère public est fondée sur sa mission essentielle d'assurer la défense de l'intérêt général et de l'ordre public.

En tout état de cause, l'exigence de l'égalité des armes rend d'autant plus utile la présence, dans les tribunaux de commerce, de magistrats du corps judiciaire auxquels il revient, par nature, de veiller au respect des principes directeurs du procès.

* * *

Au regard des données concrètes et des principes juridiques qui viennent d'être évoqués, l'introduction de la mixité impose une modification profonde de l'organisation générale de la justice commerciale et des règles de fonctionnement interne des juridictions.

Le principe d'égalité doit conduire à unifier l'organisation générale de la justice commerciale et à exclure toute solution qui ne serait pas uniforme sur le territoire métropolitain, notamment celle qui consisterait à laisser aux chefs de cour ou aux juridictions le soin de fixer l'étendue et les contours de la mixité et celle qui consisterait à laisser subsister dans certains ressorts des tribunaux de grande instance à compétence commerciale.

⁵⁸ CEDH 6 mai 1985

⁵⁹ CEDH 30 juin 1959 *Szwabowicz c./ Suède*

En outre, un certain nombre de solutions peuvent d'ores et déjà être exclues parce qu'elles supposeraient une modification de la Constitution. Tel est le cas de l'intervention du Conseil Supérieur de la Magistrature dans le recrutement et la discipline des juges élus.

Enfin, les exigences résultant de la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que la coexistence de juges élus et de magistrats de carrière soumis à des statuts juridiques inévitablement différents, se conjuguent pour rendre nécessaire un examen détaillé des règles de fonctionnement interne des juridictions et de la répartition des fonctions.

DEUXIEME PARTIE

LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

Un certain nombre de solutions qui, de prime abord, auraient pu être envisagées ont dû être écartées, soit parce qu'elles ne tenaient pas compte des contraintes juridiques exposées dans la première partie, soit parce qu'elles ne répondaient pas aux objectifs de la réforme.

La mixité constituant un concept nouveau, la commission a été amenée à envisager toutes les formes qu'elle pourrait revêtir. Sa réflexion a été conduite avec le souci d'aboutir à une réforme réaliste, suffisante, équilibrée, cohérente et lisible pour les justiciables :

- réaliste parce qu'elle doit tenir compte de la très grande diversité des situations et des opinions, et qu'elle requiert un consensus ou une acceptation minimale de la part de ceux qui seront associés au fonctionnement de la juridiction commerciale ;

- suffisante parce que toute formule de mixité nécessite des réformes complexes et délicates à mettre en oeuvre et ne se justifie donc que si elle est assez importante pour conduire à des améliorations significatives et résoudre les principaux problèmes actuels, tels que le contrôle des mandataires de justice ;

- équilibrée parce qu'elle consiste à assurer un véritable échange des compétences, possible seulement si nul n'a le sentiment que ses intérêts légitimes ont été par trop négligés et si chacun est en mesure d'apporter pleinement le meilleur de son expérience ;

- cohérente parce qu'elle touche un ensemble de mécanismes et de procédures, solidaires d'une organisation judiciaire plus large et qu'une modification ponctuelle pourrait être dénuée d'effet, voire contre-performante, si elle ne s'inscrivait pas dans une logique plus générale ;

- lisible parce que la réforme attendue est une occasion de rationaliser le traitement du contentieux commercial et doit donner à l'ensemble des acteurs, français et étrangers, une bonne image de la justice économique en France.

A - L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS : PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET UNIFORMITÉ DES JURIDICTIONS

Le principe d'égalité devant la justice, élément du principe d'égalité devant la loi, implique que des justiciables se trouvant dans une situation similaire soient jugés de la même façon. Il impose donc une identité de juridiction et, au sein de cette juridiction, une identité de composition des formations de jugement ayant les mêmes compétences.

1- UN MEME TYPE DE JURIDICTIONS EN MATIERE COMMERCIALE

Le respect du principe de l'identité de juridiction conduit à s'interroger sur le maintien en l'état de l'organisation judiciaire en matière commerciale, caractérisée par la coexistence de plusieurs types de juridictions qui ont déjà été précédemment évoqués⁶⁰.

Les dérogations au principe d'égalité admises par le Conseil constitutionnel⁶¹ ne paraissent pas à la commission, pouvoir justifier le maintien en métropole des tribunaux de grande instance à compétence commerciale, en dépit des opinions favorables à ces juridictions qui ont été exprimées.

La compétence commerciale des tribunaux de grande instance résultant de l'absence dans leur ressort de tribunaux de commerce⁶², la suppression de cette compétence conduira, soit à créer des tribunaux de commerce là où il n'en existe pas, soit à étendre le ressort de tribunaux de commerce déjà existants. Le choix est en lien direct avec les travaux conduits par le délégué à la réforme de la carte judiciaire. Le transfert au profit du tribunal de commerce de Niort, déjà décidé par le Gouvernement, de l'actuelle compétence commerciale du tribunal de grande instance de Bressuire s'inscrit dans cette logique.

La suppression de la compétence commerciale des 23 tribunaux de grande instance concernés nécessitera des mesures d'accompagnement social plus particulièrement pour les fonctionnaires de justice affectés au service commercial de ces juridictions. Elle conduira également, soit à créer de nouvelles charges de greffiers, soit, en cas de modification des ressorts des tribunaux de commerce, à modifier les charges déjà existantes.

En effet, dès lors que les greffiers sont membres de la juridiction, le principe d'égalité paraît exiger que les greffiers des tribunaux de commerce qui seraient créés à la place des chambres commerciales des tribunaux de grande instance soient, comme ceux des autres tribunaux de commerce, des officiers publics et ministériels.

⁶⁰ V. supra p. 6, p. 19 et p. 20

⁶¹ Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 JO du 24 janvier 1990 p. 972

⁶² Art. L 311-3 et L 411-3 COJ

Le maintien en Alsace-Moselle des chambres échevinées des tribunaux de grande instance ne paraît pas contraire au principe d'égalité pour les raisons précédemment indiquées. En outre les milieux locaux, pour la plupart, ne semblent pas considérer que ces chambres posent problème. En revanche, le service du registre du commerce et des sociétés, actuellement éclaté entre les différents tribunaux d'instance du ressort, devrait être rattaché au greffe du tribunal de grande instance, siège de la chambre commerciale.

De la même façon, l'organisation actuelle de la justice commerciale des territoires et collectivités d'outre-mer peut subsister en application du principe de spécialité législative et réglementaire résultant de l'article 74 de la Constitution.

La situation particulière des départements d'outre-mer a été considérée comme nécessitant des mesures d'adaptation par rapport à la législation métropolitaine actuelle. Il n'est donc pas certain que, si la loi vient à créer en métropole des tribunaux de commerce mixtes, le particularisme des départements d'outre-mer puisse demeurer. En tout état de cause, le principe d'égalité devrait conduire, à La Réunion, à transférer la compétence commerciale du tribunal de grande instance de Saint-Pierre à un tribunal de commerce de même type que celui de Saint-Denis. Ces questions, sur lesquelles les conseils généraux des départements concernés devront être consultés, devraient faire l'objet d'une étude complémentaire, à laquelle la commission n'a pas eu la possibilité de procéder.

2 - UNE MEME COMPOSITION DE FORMATION DE JUGEMENT POUR UNE MEME MATIERE

Le respect du principe d'égalité exclut qu'un contentieux donné soit jugé par des formations ayant une composition différente.

Ce principe n'interdit pas, toutefois, qu'à l'intérieur d'une même catégorie de juridictions, des contentieux de nature distincte soient traités par des formations de jugement ayant une composition différente. Si tel devait être le cas, la différence de composition des formations de jugement ne pourrait être admise que dans le cas où elle serait justifiée par la nature et la spécificité de chaque contentieux. Dans cette hypothèse, comme dans celle où la mixité serait limitée à certains contentieux, déterminés par la loi, il serait nécessaire de prévoir l'existence d'au moins deux chambres.

En toute hypothèse, même si cette formule aurait présenté le mérite du pragmatisme, il ne saurait être envisagé de laisser aux chefs de cour ou aux chefs de juridiction le soin d'apprécier, au cas par cas, en dehors de tous critères objectifs prédéterminés, la composition des formations de jugement compétentes pour les différents types de contentieux.

Enfin, s'agissant de la participation des juges consulaires dans les cours d'appel, le respect du principe d'égalité imposera qu'après une période de transition, l'ensemble des formations de jugement compétentes en matière commerciale comprennent un conseiller d'origine consulaire.

B - LA RÉPARTITION DES FONCTIONS

1- LA MIXITE DANS LES JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRE

La répartition des fonctions peut être examinée à travers les différents organes chargés de les exercer.

1.1. Le président du tribunal de commerce

1.1.1. Le cadre actuel

Elu pour une durée de quatre ans par les juges du tribunal de commerce réunis en assemblée générale et choisi parmi les juges ayant exercé pendant six ans au moins des fonctions dans un tribunal de commerce, le président du tribunal dispose de pouvoirs d'administration, de pouvoirs juridictionnels et de pouvoirs tirés des dispositions de la loi 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

S'agissant des pouvoirs d'administration, si, pour l'essentiel, ses attributions sont similaires à celles reconnues aux chefs d'autres juridictions, la loi lui reconnaît une prérogative particulière puisqu'il lui appartient de nommer le vice-président et, après avis de l'Assemblée Générale, les présidents de chambre..

En ce qui concerne les attributions juridictionnelles, outre les pouvoirs propres d'un président de tribunal (référé, ordonnances sur requête), le président du tribunal de commerce est titulaire de pouvoirs spécifiques liés à l'application de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Enfin, en matière de prévention et de règlement amiable, le président du tribunal dispose de pouvoirs propres lui permettant, notamment, de convoquer les dirigeants d'entreprises, d'obtenir communication de renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation du débiteur, de désigner un mandataire ad hoc, de faire ou non droit à une requête en vue de l'ouverture d'une procédure de règlement amiable et de nommer, dans ce cadre, un conciliateur.

1.1.2 . Les choix possibles.

Trois solutions paraissent d'emblée envisageables pour l'attribution de la présidence du tribunal de commerce, la première consistant à confier la présidence de la juridiction alternativement aux juges consulaires et aux magistrats professionnels, les deux autres prévoyant l'attribution de cette fonction soit aux premiers, soit aux seconds.

1.1.2.1. Une solution à exclure : la présidence alternée

Dans ce schéma, la présidence de la juridiction serait alternée dans le temps.

Le rythme de cette alternance ne pourrait être laissé à l'appréciation des chefs de juridiction, fussent-ils des chefs de cour, sauf à méconnaître le principe d'égalité tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative au juge unique en matière pénale. Dans cette décision, qui concernait la composition de la formation de jugement, le Conseil Constitutionnel a estimé contraire à la Constitution le fait de laisser au président du tribunal de grande instance le soin de décider « *de manière discrétionnaire et sans recours si le tribunal sera composé de trois juges ... ou d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président* »⁶³.

Même si le rythme et les modalités de l'alternance étaient déterminés par la loi, cette formule paraît encourir des critiques au regard du principe d'égalité, comme étant source de différences de traitement pour les justiciables. En effet, la même affaire, selon qu'elle serait jugée une année paire ou une année impaire, serait soumise à une juridiction dont le président serait d'une origine différente. Cette difficulté serait particulièrement frappante en ce qui concerne les attributions de la juridiction présidentielle. Ainsi, une même procédure de référé serait traitée une année par un président d'origine consulaire et l'autre année par un magistrat du corps judiciaire.

En toute hypothèse, on voit mal, en l'espèce, quelles différences de situation, ou raisons d'intérêt général, seules susceptibles de justifier qu'il soit dérogé au principe d'égalité, pourvu que « *dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁶⁴, pourraient valider un tel schéma d'organisation judiciaire.

Le précédent des conseils de prud'hommes ne peut pas être utilement invoqué. L'alternance de la présidence de cette juridiction est en effet une conséquence du paritarisme qui est consubstantiel à cette juridiction. On ne peut concevoir de conseils de prud'hommes sans la coexistence de collèges employeurs et salariés, alors que l'existence des tribunaux de commerce n'est pas intrinsèquement liée à leur composition. D'ailleurs, en cas de partage des voix entre les membres du collège employeur et les membres du collège salarié, l'affaire est soumise à un magistrat de carrière, le juge d'instance, qui préside la formation de jugement⁶⁵. La dualité de compétence, telle qu'elle résulte de la mixité envisagée, ne saurait être assimilée à la parité des conseils de prud'hommes dont les membres ont un statut identique.

Le Conseil constitutionnel pourrait encore émettre des réserves sur la rationalité d'un système d'organisation judiciaire qui ne reposerait sur aucune exigence juridique et qui, en outre, ne pourrait être justifié par aucune considération d'ordre pratique. Au contraire, de ce point de vue, la réforme soulèverait de réelles difficultés pratiques tenant à la réorganisation de la juridiction et aux transferts de dossiers lors de l'alternance.

⁶³ décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975 sur le juge unique en matière pénale JO des 24-25 juillet 1975 p. 7533 et 7534

⁶⁴ décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 JO du 10 janvier 1988 p. 482

⁶⁵ Art L 515-3 du code du travail

Ces difficultés seraient accrues par le fait qu'en toute hypothèse, le contenu juridique des pouvoirs du président du tribunal varierait inévitablement en fonction de l'origine consulaire ou professionnelle du titulaire de cette fonction. En effet, si l'attribution de la présidence du tribunal de commerce à un magistrat de carrière ne pose pas de difficulté juridique⁶⁶, en revanche, dans l'hypothèse où la présidence du tribunal de commerce serait exercée par un juge consulaire, l'autorité fonctionnelle normalement attachée à cette responsabilité devrait faire l'objet d'adaptations concernant, notamment, le pouvoir de répartir les magistrats du corps judiciaire entre les chambres⁶⁷.

1.1.2.2. La présidence par un magistrat du corps judiciaire

Confier la présidence du tribunal de commerce à un magistrat du corps judiciaire ne paraît pas poser de difficulté d'ordre constitutionnel. Il s'agit en effet d'un schéma d'organisation qui est retenu pour l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire composées de magistrats professionnels et de juges non professionnels⁶⁸

- Pouvoirs d'administration judiciaire

Dans toutes ces juridictions, les pouvoirs d'administration judiciaire sont exercés sans restriction par le président. Toutefois, il pourrait être envisagé de créer un mécanisme associant les juges consulaires à certaines décisions d'administration judiciaire. En particulier, un pouvoir de proposition pourrait être confié à l'un d'eux pour la répartition des juges consulaires dans les chambres et services juridictionnels du tribunal et pour l'établissement de la liste des juges pouvant exercer les fonctions de juge commissaire.

- Pouvoirs juridictionnels

Il n'y aurait bien évidemment aucune difficulté à ce que les pouvoirs juridictionnels soient exercés par un président magistrat du corps judiciaire.

- Pouvoirs de prévention

En matière de prévention, aucun obstacle juridique ne paraît s'opposer à ce que ces fonctions soient exercées par le magistrat de carrière, président du tribunal de commerce. Il apparaîtrait toutefois plus opportun, compte tenu de la nature de ces fonctions, de les confier à un juge consulaire, ce qui supposerait une modification de la loi du 1er mars 1984.

En définitive, malgré la validité juridique d'une telle solution, la commission estime devoir écarter l'idée de la présidence de la juridiction par un magistrat du corps judiciaire et, cela, à la fois pour des raisons objectives et pour des considérations d'opportunité.

⁶⁶ voir infra 1.1.2.2.

⁶⁷ voir infra 1.1.2.3.

⁶⁸ Tribunal pour enfants : art. L.522-2 COJ ; tribunal partiaire des baux ruraux : art. L.444-2 COJ ; tribunal des affaires de sécurité sociale : art. L.142-2 C. sec. soc. ; chambre commerciale des tribunaux de grande instance d'Alsace-Moselle : art. L. 913-3 COJ ; tribunal mixte de commerce des départements d'outre-mer : art. L. 921-3 COJ.

La présidence du tribunal par un magistrat de carrière serait contradictoire avec le maintien d'une juridiction autonome car elle remettrait en cause l'une des spécificités essentielles des tribunaux de commerce qui est d'être présidés par un juge élu. Elle conduirait à assimiler la mixité à l'échevinage en raison de la charge symbolique de la présidence du tribunal, de son importance fonctionnelle et de sa place dans la vie économique locale. La presque totalité des personnes entendues s'est prononcée pour le maintien d'une présidence consulaire.

1.1.2.3. La présidence consulaire

La faisabilité de ce schéma, dans lequel le président du tribunal de commerce demeurerait un juge élu, doit être examinée au regard de ses trois sortes d'attributions.

- Pouvoirs d'administration judiciaire

Les dispositions actuelles relatives au choix des présidents de chambre et du vice-président, ainsi qu'à la répartition des juges entre les chambres et services ne pourraient être maintenues en tant qu'elles s'appliqueraient à des magistrats du corps judiciaire. Ces textes permettraient en effet au président du tribunal, non soumis au statut de la magistrature, d'exercer l'autorité fonctionnelle, qui s'attache à la qualité de président de juridiction, sur ces magistrats. Cette autorité lui conférerait un pouvoir de gestion directe de leurs attributions juridictionnelles et le conduirait à intervenir dans le processus d'évaluation du magistrat du corps judiciaire, ce qui porterait atteinte au principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Le maintien d'un juge consulaire à la présidence de la juridiction ne peut être envisagé qu'au prix d'adaptations profondes des règles d'administration judiciaire. Ces adaptations pourraient résulter de la participation d'un magistrat du corps judiciaire à l'établissement de l'ordonnance de roulement, dans le cadre d'un pouvoir de proposition ou d'approbation de cette dernière en tant qu'elle concernerait les seuls magistrats de carrière.

Ce magistrat pourrait être le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance du ressort ou l'un des magistrats du corps judiciaire affectés au tribunal de commerce. Cette dernière solution paraît plus adaptée, tant sur le plan des principes juridiques, notamment celui de l'autonomie de chaque juridiction, que sur celui de contingences plus matérielles. Par exemple, si l'un des magistrats du corps judiciaire vient à être absent, il paraît peu concevable, au regard de l'urgence que revêt la modification de l'ordonnance de roulement, que cette modification soit confiée à un magistrat extérieur à la juridiction.

En revanche, un pouvoir d'intervention du premier président serait opportun dans deux hypothèses : le désaccord entre le président du tribunal de commerce et le magistrat du corps judiciaire dont l'avis devrait être requis ; le cas où un magistrat placé ou un magistrat du tribunal de grande instance devrait suppléer une absence.

S'agissant de l'évaluation des magistrats du corps judiciaire, des adaptations devraient être également apportées aux dispositions des articles 18 et suivants du décret 93-21 du 7 janvier 1993. En l'état actuel, la notation des magistrats du siège est établie par le premier président de la cour d'appel. Lui sont annexées notamment les observations du président du tribunal de grande instance, en ce qui concerne les magistrats affectés dans cette juridiction, et du président de formation collégiale pour le magistrat siégeant en qualité d'assesseur.

Il n'y a pas lieu de modifier ce décret en ce qu'il prévoit que la notation est établie par le premier président. En revanche, il paraît impossible de transposer à l'identique les dispositions concernant les avis recueillis auprès du chef de la juridiction dans laquelle le magistrat est nommé. Un avis du président du tribunal de commerce sur l'activité d'un magistrat nommé dans ce tribunal pourrait être considéré comme une atteinte à l'indépendance de ce magistrat et très mal perçu par le corps judiciaire.

Pour remédier à cette difficulté, cet avis pourrait être émis par le magistrat du corps judiciaire le plus ancien dans le grade le plus élevé du tribunal, à moins que les magistrats du siège exerçant dans la juridiction commerciale ne soient choisis parmi ceux du tribunal de grande instance. Dans cette hypothèse, l'avis serait émis par le président du tribunal de grande instance, comme tel est le cas pour les juges d'instance. L'avis du président de la chambre chargée de la matière commerciale de la cour d'appel pourrait être également recueilli.

Les autres pouvoirs d'administration judiciaire du président du tribunal de commerce ne supposeraient pas d'adaptation, mais pourraient être au contraire réaffirmés. Il en est ainsi du principe selon lequel le greffier dirige sous son autorité l'ensemble des services du greffe⁶⁹ et assure, sous sa surveillance, la tenue du registre du commerce et des sociétés⁷⁰

• Pouvoirs juridictionnels

Le président disposant d'attributions juridictionnelles propres liées à sa qualité, on peut s'interroger sur la compatibilité entre cette juridiction exercée à juge unique et la mixité.

Une certaine conception de celle-ci pourrait conduire à instituer une collégialité, à l'instar de la formation commune des référés du conseil de prud'hommes qui est composée d'un membre du collège employeur et d'un membre du collège salarié⁷¹, sous réserve de la possibilité pour le juge des référés de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale.

Toutefois, une telle solution présenterait des difficultés pratiques, notamment celle de réunir en urgence une formation collégiale pour un référé ou une ordonnance sur requête. Elle accroîtrait la difficulté de gestion des effectifs au regard des incompatibilités résultant de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1998, les juges ayant connu de l'affaire en référé pouvant être empêchés d'en connaître ensuite sur le fond⁷².

⁶⁹ Art. R 821-2 COJ

⁷⁰ Art. 4 du décret N° 84-406 du 30 mai 1984

⁷¹ Art. L 512-2 du code du travail

⁷² V. supra note 51

Si, en conséquence, il est considéré que la mixité n'a pas vocation à s'appliquer aux fonctions exercées à juge unique, deux solutions doivent être étudiées.

La première consisterait à confier les pouvoirs juridictionnels actuels du président à l'un des magistrats du corps judiciaire. Deux arguments peuvent être avancés en faveur de cette solution : la présence permanente du magistrat du corps judiciaire, bien adaptée aux décisions urgentes, et la sécurité juridique qu'il peut apporter au traitement de la procédure. Toutefois, cette solution porterait atteinte à la plénitude traditionnelle des pouvoirs attachés à la juridiction présidentielle et serait ressentie comme une sanction par les juges consulaires, les privant d'une prérogative à laquelle ils sont particulièrement attachés.

La deuxième solution consisterait à maintenir, en l'état, les pouvoirs juridictionnels du président du tribunal de commerce. Cette solution a la préférence de la commission car le référé exige une perception immédiate de l'enjeu économique que le juge consulaire est le mieux à même de discerner. Dans cette hypothèse, qui recueille un large accord des personnes entendues, le président du tribunal de commerce ne pourrait déléguer ses pouvoirs juridictionnels propres qu'à des juges consulaires afin de ne pas porter atteinte au principe d'égalité.

Quant à la prérogative reconnue au président du tribunal de commerce de présider une des chambres quand il l'estime convenable ⁷³, elle ne pourrait subsister qu'à l'égard des chambres présidées par des juges consulaires. Mais, même dans ce cas, on peut s'interroger sur la validité de cette disposition, au regard du principe selon lequel une formation de jugement ne doit pas être constituée pour les besoins d'une cause, ce qui n'est pas propre aux tribunaux de commerce.

- Pouvoirs en matière de difficultés des entreprises

- * Prévention

L'avis dominant, résultant des auditions et partagé par la commission, est que les pouvoirs liés à la prévention doivent rester de la compétence du président consulaire ⁷⁴.

Cette position paraît en adéquation avec l'objectif de la mixité qui est de répartir les fonctions au sein du tribunal de commerce en tenant compte des compétences respectives des juges consulaires et des magistrats du corps judiciaire. En matière de prévention, la dimension économique est en effet déterminante.

Le principe d'impartialité du tribunal, résultant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, devrait interdire au président, ou à son délégué, intervenu au stade de la prévention, de connaître ultérieurement, en formation de jugement, au stade de la procédure collective, de la situation de l'entreprise et de ses dirigeants.

⁷³ Art. R 412-7 COJ

⁷⁴ La commission a pris acte du projet de la chancellerie de supprimer du dispositif propre à la prévention la faculté, pour le président, d'ordonner la suspension provisoire des poursuites.

* Contrôle des mandataires

En l'état actuel, l'activité de certains mandataires de justice soulève des difficultés liées à l'insuffisance du contrôle de leurs honoraires, au délai d'accomplissement des diligences qui leurs sont demandées et au nombre des mandats qui leurs sont confiés.

Certes, le décret n° 98-1232 du 29 décembre 1998, modifiant le décret n°85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et aux experts en diagnostic, prévoit la nomination de magistrats des parquets généraux qui seront chargés de missions d'inspection. En outre, la profession a été chargée d'un auto-contrôle biennal sur ses membres. Ces vérifications à intervalles nécessairement espacés ne sauraient remplacer un contrôle interne permanent exercé par chaque juridiction. Celui-ci, parce qu'il s'agit d'une fonction d'autorité et que l'efficacité de l'action du tribunal en dépend, doit relever de la responsabilité du président du tribunal de commerce. Sa mission ne serait pas d'intervenir dans chaque dossier, mais d'assurer une coordination qui s'avère indispensable en raison de la diversité des missions susceptibles d'être confiées à ces professionnels.

En matière de procédures collectives, cette responsabilité devrait être exercée en liaison avec le juge commissaire, le magistrat de carrière affecté à la chambre chargée des procédures collectives et le parquet. Ce suivi coordonné, où les aptitudes de chacun seraient mises à profit, pourrait constituer un apport de la mixité à la solution de difficultés ressenties aujourd'hui comme très importantes par beaucoup d'entreprises, notamment petites ou moyennes.

1.2. Le juge-commissaire

Principal «organe de la procédure», le juge-commissaire est parfois qualifié, à juste titre, de véritable «chef d'orchestre de la procédure», en raison de la durée et de l'étendue de sa mission pour l'accomplissement de laquelle il dispose d'importants pouvoirs propres.

Le juge-commissaire est désigné par le tribunal dès le jugement d'ouverture et conserve la responsabilité du mandat qui lui est confié jusqu'à la clôture de la procédure. En outre, quelle que soit la complexité de l'affaire, il ne peut y avoir qu'un seul juge-commissaire titulaire dont la suppléance n'est prévue qu'en cas d'empêchement momentané⁷⁵.

Sa mission est très étendue puisque ce juge doit, non seulement veiller au déroulement rapide de la procédure, assurer la protection des intérêts en présence, mais encore prendre, souvent dans l'urgence, de nombreuses décisions de caractère juridictionnel ou qui concernent l'administration de l'entreprise. Il en est ainsi, par exemple, en matière d'admission des créances, de cession d'actifs ou de gestion de l'entreprise pendant la période d'observation.

Le juge-commissaire a, enfin, la responsabilité du contrôle permanent de l'activité des mandataires judiciaires avec lesquels il est en contact quotidien.

⁷⁵ Art. 23 décret du 27 décembre 1985

Or, il ressort des auditions auxquelles la commission a procédé que ces contrôles ne sont pas toujours réalisés dans des conditions parfaitement satisfaisantes. Cette situation tient certainement au nombre souvent considérable de commissariats dont chaque juge-commissaire a la charge mais aussi, parfois, à son insuffisante disponibilité liée à ses contraintes professionnelles et aux limites de ses compétences dans un domaine particulièrement technique.

Enfin, en accord avec l'opinion de plusieurs des personnalités qu'elle a entendues, la commission considère que la participation du juge-commissaire à la formation de jugement n'est pas opportune et peut même se révéler contraire à l'exigence d'impartialité objective du tribunal, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁶.

Aussi, la commission a jugé indispensable de redéfinir les conditions d'exercice des fonctions de juge-commissaire ainsi que le périmètre de son intervention, notamment en modifiant la répartition des compétences de ce juge et de celles du tribunal proprement dit.

Sous réserve d'un certain nombre de tempéraments qui devraient leur être apportés, plusieurs orientations pourraient être retenues pour l'exercice des fonctions de juge-commissaire.

1.2.1. Première orientation : les fonctions de juge-commissaire doivent continuer à être exercées par les juges consulaires.

La nécessité de renforcer le contrôle exercé sur les dossiers confiés aux administrateurs et mandataires judiciaires et l'impératif de rapidité propre à la vie des affaires pourraient dicter un choix différent. En effet, les magistrats du corps judiciaire, qui peuvent exercer leurs fonctions à plein temps et jouissent de compétences juridiques particulières, pourraient plus facilement répondre aux sollicitations urgentes des auxiliaires de justice tout en exerçant un contrôle approfondi sur les requêtes et les pièces qui leur seraient soumises.

La dimension économique de la fonction du juge-commissaire prévaut, cependant, sur ses aspects plus strictement juridiques ; c'est pourquoi la commission considère que leur expérience de la vie des affaires qualifie plus particulièrement les juges consulaires pour l'exercice des fonctions de juge-commissaire. En Alsace-Moselle, où ces fonctions étaient, à l'origine, exercées par des magistrats du corps judiciaire, elles le sont aujourd'hui par des juges consulaires.

1.2.2. Deuxième orientation : certaines décisions devraient être transférées au tribunal.

La commission estime indispensable de redéfinir le champ d'intervention du juge-commissaire afin de permettre un examen collégial des décisions les plus lourdes de conséquence: il en est ainsi de la cession des unités de production, qui devrait relever directement de la compétence du tribunal de commerce⁷⁷.

⁷⁶ La Commission européenne des droits de l'homme est actuellement saisie de cette question

⁷⁷ Art. 155 de la loi 85-98 du 25 janvier 1985

1.2.3. Troisième orientation : le cumul des fonctions de juge-commissaire et de membre de la formation de jugement, à l'occasion de la même procédure, doit être proscrit.

Certes, d'ores et déjà, l'article 26 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, précise que le juge-commissaire ne peut siéger lorsque le tribunal s'est saisi d'office ou statue sur le recours formé contre l'une de ses décisions.

Toutefois, le domaine d'application de cette règle paraît trop restrictif au regard de la jurisprudence, tant de la Cour européenne des droits de l'homme que de la Cour de cassation, relative à l'exigence d'impartialité objective du tribunal. Le respect de cette exigence doit, en effet, conduire à écarter, de la composition du tribunal, tout juge qui, à l'occasion de ses fonctions, a pris une décision préjugant le fond de l'affaire.

Afin d'éviter une incertitude, source à la fois de contentieux et d'une crainte chez le justiciable que le tribunal n'offre pas de garanties suffisantes d'impartialité, il est indispensable d'interdire, dans tous les cas, le cumul des fonctions de juge-commissaire et de membre de la formation de jugement dans une même affaire. Il sera alors essentiel que la juridiction statue sur rapport du juge-commissaire, celui-ci pouvant assister aux débats mais non au délibéré.

Outre ces trois premières orientations, la commission estime souhaitable d'édicter un certain nombre de règles destinées à permettre, en toutes circonstances, l'exercice effectif des fonctions de juge-commissaire.

1.2.4. Quatrième orientation : édicter des règles permettant de rendre plus efficace l'exercice des fonctions de juge-commissaire.

* Il pourrait être envisagé de permettre dans les procédures les plus complexes la désignation d'un deuxième juge-commissaire titulaire. Une telle solution paraît devoir être écartée en raison des difficultés pratiques auxquelles sa mise en oeuvre pourrait se heurter. La répartition des compétences entre ces deux juges ainsi que leur double intervention pourraient aboutir à des contrariétés de décisions.

Une autre solution serait d'assouplir les conditions d'intervention du juge-commissaire suppléant afin de lui permettre d'accomplir un certain nombre d'actes, non plus seulement en cas d'empêchement du titulaire, mais également en vertu d'une délégation, mesure soumise à publicité, qu'il pourrait recevoir.

La possibilité a été évoquée de désigner en cette qualité de juge-commissaire suppléant un magistrat du corps judiciaire qui, assurant une présence plus permanente au sein du tribunal de commerce, pourrait plus aisément intervenir dans les situations appelant des décisions urgentes. Toutefois, en raison de l'interdiction pour le juge-commissaire de siéger ultérieurement dans la procédure, le recours à une telle solution resterait dans beaucoup de juridictions très hypothétique, sauf à augmenter sensiblement le nombre de juges professionnels affectés dans chaque tribunal de commerce.

La solution la plus adaptée à la fois sur un plan juridique et sur un plan pratique, consiste donc à permettre au tribunal, lorsqu'il désigne le juge-commissaire, d'autoriser celui-ci, en tant que de besoin, à s'adjoindre le concours d'autres juges-commissaires «délégués» nommément désignés par cette décision. L'intervention des juges-commissaires «délégués» s'exercerait dans le cadre de délégations expresses, aux fins d'accomplir des actes précis, qui seraient consenties par ordonnance du juge-commissaire.

* La commission estime indispensable de limiter le nombre de commissariats dont chaque juge-commissaire peut avoir la responsabilité. Il est en effet évident que le nombre parfois considérable de dossiers dont ils sont saisis rend très difficile voire impossible le contrôle, dans chaque affaire, de l'activité des mandataires judiciaires. Concrètement, la limitation du nombre des commissariats ne devrait pas résulter d'une norme impérative fixée par la loi, mais d'une très sensible augmentation du nombre de juges-commissaires, insuffisant dans certaines juridictions. Cet accroissement ne saurait se traduire par une moindre sélection des candidats à ces fonctions, dont l'accès devrait au contraire être subordonné à des conditions d'exercice et d'aptitude renforcées.

L'introduction de la mixité permettra à un plus grand nombre de juges consulaires de se consacrer à la fonction de juge-commissaire. A cette fin, l'effectif global des juges consulaires ne devrait pas être réduit au-delà des conséquences de la réforme de la carte judiciaire.

1.3. Le juge rapporteur

L'article 861 du nouveau code de procédure civile autorise la formation de jugement à confier, à l'un de ses membres, le soin d'instruire une affaire en qualité de juge-rapporteur. Dans le cadre des pouvoirs qui lui sont attribués par les articles 862 à 869, il peut notamment inviter les parties à fournir toutes explications ou pièces nécessaires, ordonner des mesures d'instruction et enfin, si les parties ne s'y opposent pas, tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries dont il rend compte au tribunal dans son délibéré.

En pratique, ces dispositions sont très largement utilisées dans les plus importants tribunaux de commerce, notamment à Paris où, en raison du très grand nombre d'affaires, la formation de jugement confie, dans la quasi-totalité des cas, à l'un de ses membres, le soin d'instruire l'affaire en qualité de juge-rapporteur. Celui-ci, après avoir entendu les parties et si celles-ci ne demandent pas à plaider devant la formation collégiale, en rend compte au tribunal dans son délibéré.

Même si, d'une façon générale, l'examen complet en collégialité apparaît comme la solution présentant le plus de garanties pour le justiciable, il n'y a pas de raison, dans le cadre de la mixité, de déroger au droit commun procédural prévoyant la formule du juge-rapporteur, qui permet aux juridictions de faire face, dans des conditions satisfaisantes, à un contentieux accru. Les fonctions de juge-rapporteur doivent pouvoir être exercées par les juges consulaires comme par les magistrats du corps judiciaire, le délibéré collégial assurant l'apport de la mixité. Toutefois, la commission considère, qu'en matière de procédures collectives, eu égard à l'importance et à la diversité des intérêts en jeu, le juge-rapporteur ne doit pas tenir seul l'audience des plaidoiries, qui doit avoir lieu systématiquement devant la collégialité.

1.4. La présidence des formations de jugement.

Les auditions ont montré à la commission que ce sujet est le plus sensible et le plus difficile pour les juges consulaires comme pour les magistrats du corps judiciaire. En effet, les premiers n'ont jamais siégé sous la présidence de magistrats du corps judiciaire et ceux-ci n'ont jamais été présidés, au sein d'une juridiction, par un juge qui ne soit pas de carrière. Les uns estiment avoir une légitimité résultant de l'élection et forgée par l'histoire, les autres une prééminence imposée par leur statut et vérifiée par une tradition institutionnelle constante.

Sur ce sujet, aucun consensus ne pourra être obtenu. La solution doit donc être recherchée par référence aux deux critères d'équilibre et de cohérence définis au début de la deuxième partie de ce rapport. Cet équilibre et cette cohérence doivent tenir compte des solutions qui viennent d'être proposées en ce qui concerne le président du tribunal, le juge-commissaire et le juge rapporteur.

Une question juridique préalable doit cependant être examinée car sa solution commande la définition des différentes hypothèses pour l'attribution des présidences.

1.4.1. La question préalable : un magistrat du corps judiciaire peut-il être assesseur d'une formation de jugement présidée par un juge consulaire ?

- Cette question doit être examinée au regard du principe constitutionnel d'indépendance de l'autorité judiciaire.

En effet, dans toute juridiction, le président d'une formation de jugement dispose d'un pouvoir d'organisation de l'activité juridictionnelle de cette formation qui se manifeste concrètement par la direction des débats (particulièrement dans la procédure orale), la police de l'audience, la répartition des dossiers entre les assesseurs, la possibilité d'apporter des modifications à la rédaction des jugements qu'il va signer. En outre, dans les juridictions de droit commun, le président de formation collégiale contribue à l'évaluation de ses assesseurs⁷⁸. Ce dernier pouvoir ne devrait pas être attribué au président consulaire à l'égard de ses assesseurs magistrats de carrière⁷⁹. Ceux-ci ne s'en trouveraient pas moins placés sous l'autorité fonctionnelle d'un juge élu.

Cette situation poserait, au regard du principe constitutionnel d'indépendance de l'autorité judiciaire, une question qui ne paraît pas avoir été encore tranchée par la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel a certes jugé, dans plusieurs décisions⁸⁰, que « *les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire* », mais ces décisions concernent toutes des fonctions dans les juridictions de droit commun (cour d'appel, tribunal de grande instance, tribunal d'instance).

⁷⁸ décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 art. 20 2° d)

⁷⁹ Voir supra p. 39

⁸⁰ décisions n° 92-305 DC du 21 février 1992 JO 29 février 1992, n° 94-355 DC du 10 janvier 1995 JO 14 janvier 1995, n° 98-396 du 19 février 1998 JO 26 février 1998

Le principe qu'elles posent ne paraît pas pouvoir s'appliquer aux fonctions judiciaires exercées dans les tribunaux de commerce. Sinon, d'ailleurs, ce principe vaudrait pour les juges aussi bien que pour les présidents et interdirait toute mixité. Or, le Conseil constitutionnel a déjà admis qu'une juridiction d'attribution peut être composée de juges élus⁸¹.

En l'état actuel de la jurisprudence, il est donc impossible de répondre de façon certaine à la question de savoir si le fait, pour un magistrat du corps judiciaire, de siéger comme assesseur dans une formation présidée par un juge consulaire serait de nature à porter atteinte au principe constitutionnel d'indépendance de l'autorité judiciaire. On peut seulement constater qu'il n'existe actuellement aucune juridiction dans laquelle un magistrat du corps judiciaire siégerait sous la présidence d'un juge non professionnel.

Si l'inconstitutionnalité n'est pas certaine, le risque ne peut cependant être nié. Il doit d'autant plus être pris en compte que la réforme nécessite une loi organique, nécessairement examinée par le Conseil constitutionnel.

- Au-delà des questions strictement constitutionnelles, on peut s'interroger sur la logique d'un système d'organisation judiciaire dans lequel un magistrat expérimenté, se trouverait placé en qualité d'assesseur sous l'autorité fonctionnelle d'un président de chambre, juge élu. Dans la plupart des cas, le magistrat aurait une expérience judiciaire de plusieurs années, comportant la présidence de formations de jugement, alors que le président consulaire de sa chambre pourrait n'avoir exercé ces mêmes fonctions qu'à temps partiel et depuis une durée plus limitée. Enfin, cette situation ne serait pas de nature à susciter des candidatures pour l'exercice de ces fonctions parmi les magistrats expérimentés du corps judiciaire.

Ces éléments conduisent la majorité des membres de la commission à écarter l'attribution systématique aux juges consulaires de l'ensemble des présidences de formation de jugement en ce que, cantonnant les magistrats du corps judiciaire dans la fonction d'assesseur, elle maximiserait le risque constitutionnel.

Cette exclusion vaut, a fortiori, pour le cas où les magistrats du corps judiciaire ne participeraient qu'à certaines formations de jugement.

Un avis divergent a été exprimé par l'un des membres de la commission qui estime que les magistrats du corps judiciaire ne doivent siéger que comme assesseurs, cette formule lui apparaissant assurer une réelle osmose entre le juridique et l'économique. Cette proposition est présentée comme une mesure simple à mettre en oeuvre, répondant aux principaux objectifs d'une véritable mixité par l'association des juges élus et des juges nommés et par le renforcement de l'autorité et de l'impartialité de la juridiction résultant de la présence de ces derniers.

⁸¹ décision n° 78-101 DC du 10 janvier 1979 JO 19 janvier 1979 p. 173 relative aux conseils de prud'hommes

En revanche, la majorité de la commission a estimé devoir analyser les solutions de partage des présidences, y compris celles où des magistrats du corps judiciaire siègeraient comme assesseurs dans certaines formations, en évaluant pour chacune d'elle le risque d'inconstitutionnalité.

1.4.2. Les différentes hypothèses.

Deux grands types d'organisation peuvent être envisagés selon que la mixité s'applique à la totalité des formations de jugement ou seulement à certaines d'entre elles.

1.4.2.1. La mixité généralisée à l'ensemble des contentieux

Compte tenu des développements qui précèdent, deux solutions sont possibles : l'attribution de l'ensemble des présidences aux magistrats du corps judiciaire ou leur présence comme président dans certaines chambres et comme assesseurs dans les autres.

- L'attribution de toutes les présidences aux magistrats du corps judiciaire

Une telle solution ne soulève aucune difficulté d'ordre juridique, certains membres de la commission ayant d'ailleurs émis l'avis que, par nature, dès lors qu'il était membre d'une formation de jugement mixte, un magistrat du corps judiciaire devait la présider. Outre les arguments constitutionnels, l'expérience que peut apporter un magistrat de carrière est particulièrement celle du procès et de l'exercice du contradictoire ; c'est dans la conduite des débats, donc dans la fonction de président, qu'elle est la plus utile.

Certains membres de la commission soulignent que cette solution ne correspond pas au critère d'équilibre recherché par la réforme, qu'elle se traduit par un échevinage quasi-intégral, et qu'elle comporte un maximum de risques quant aux réactions probables des juges consulaires, définitivement écartés de l'accès aux responsabilités de président d'une formation de jugement.

- Le partage des présidences

Dans le cas où la mixité serait généralisée à l'ensemble des formations de jugement de la juridiction et où les présidences de ces formations seraient partagées, deux schémas sont concevables.

* L'alternance dans le temps des présidences de chambres

Un tel système s'inscrirait dans la logique d'une égalité de droits et de devoirs des juges de chaque origine et de la prise en considération de leurs compétences respectives. Elle permettrait d'éviter la démotivation de l'une ou l'autre catégorie de juges en laissant à tous la perspective d'accéder aux fonctions de président.

Ce mode d'organisation s'exposerait toutefois aux critiques déjà formulées à propos de l'alternance de la présidence de la juridiction, relatives, d'une part, au principe d'égalité et, d'autre part, aux difficultés pratiques de fonctionnement de la juridiction, dans la mesure où ce dispositif aurait un caractère un peu artificiel ne répondant à aucune logique d'organisation⁸². Elle accroîtrait les difficultés de relations entre les deux catégories de juges en rendant récurrente la question de l'accès aux présidences. Elle offrirait en outre aux parties une possibilité de choisir leur juge.

La commission préconise donc d'écarter cette solution.

* Le partage de la présidence des formations de jugement selon la nature des contentieux en cause

- Procédures collectives :

La majorité des membres de la commission estime que la présidence des formations de jugement devrait en ce domaine être confiée à des magistrats du corps judiciaire. En effet, les propositions formulées précédemment tendent à confier aux juges consulaires les fonctions de juge-commissaire, qui ont une importance essentielle, et au président du tribunal, ainsi qu'à ses délégués, tous consulaires, les fonctions de prévention. Si le magistrat du corps judiciaire n'était qu'assesseur au sein de la formation de jugement, il s'ensuivrait un déséquilibre qui ne répondrait pas aux objectifs de la réforme.

C'est, en outre, dans le domaine des procédures collectives que se pose de la façon la plus aigüe le problème de l'incidence des décisions du tribunal de commerce sur les intérêts des tiers à la procédure. C'est dans ce domaine également que le tribunal dispose d'un pouvoir de sanction. Pour ces deux raisons, sa composition doit particulièrement répondre aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, le président de formation joue un rôle important dans le contrôle des mandataires de justice. L'organisation coordonnée dont la commission a précédemment souligné la nécessité pour améliorer le contrôle de ces professionnels⁸³ ne doit pas être confiée aux seuls juges consulaires et trouvera tout son sens si le président de la formation est originaire du corps judiciaire.

Un avis opposé a cependant été formulé selon lequel la présidence de cette formation de jugement des procédures collectives par un magistrat du corps judiciaire est en totale contradiction avec la nature spécifiquement économique de ce domaine puisqu'il concerne les entreprises et leurs difficultés et que l'objectif

⁸² voir supra p. 37 et p. 38

⁸³ voir supra p. 42

de la loi est bien prioritairement de «*permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif*»⁸⁴. Il en ressort donc une nette prééminence de la compétence économique sur les aptitudes juridiques.

Selon le même avis, l'impartialité ou son apparence ne sont nullement remises en cause par les principes constitutionnels ou conventionnels actuels et la juridiction trouvera sa pleine légitimité par un renforcement du rôle du parquet, notamment avec sa participation rendue obligatoire, mais également par la présence de magistrats du corps judiciaire nommés comme assesseurs.

- Contentieux «spéciaux» :

En dehors des procédures collectives, un certain nombre de contentieux devrait, selon l'opinion majoritaire de la commission, être également confié à une formation de jugement présidée par un magistrat du corps judiciaire. Les raisons de cette opinion tiennent au fait que ces contentieux peuvent avoir des incidences sur la situation de non-commerçants, parties ou non à l'instance, qu'il s'agit de questions souvent complexes, techniques, imbriquées avec des matières extérieures à la compétence du tribunal, et touchant à l'ordre public économique.

Tel devrait être le cas des contentieux relevant de la compétence du tribunal de commerce en vertu de l'article 631, 2° du code de commerce, qui vise les «*contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce*», notion que la jurisprudence a interprétée de manière extensive et qui recouvre, de ce fait, la quasi-totalité du droit des sociétés commerciales, y compris les contentieux liés aux opérations réalisées sur les marchés boursiers et différents domaines que l'on peut qualifier de «droit financier».

Tel devrait aussi être le cas des contentieux commerciaux relevant de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et du droit communautaire de la concurrence.

Toutefois, un membre de la commission a estimé que cette définition, et notamment la référence à l'article 631 2°, est trop imprécise et trop large, et qu'il conviendrait de s'en tenir à une notion plus stricte de contentieux spéciaux, à condition qu'il soit possible de les définir.

- Contentieux général :

Les autres contentieux pourraient être traités par des formations de jugement présidées par un juge consulaire. Ils correspondent en effet à la vocation initiale et toujours actuelle des juridictions consulaires. Toutefois, pour éviter qu'un magistrat professionnel puisse se trouver en position d'infériorité par rapport à des présidents de chambre consulaires, il devrait être prévu que tout magistrat du corps judiciaire siégeant comme assesseur dans une formation de contentieux général présiderait en outre, obligatoirement, une formation compétente pour les procédures collectives ou les contentieux «spéciaux».

⁸⁴ Art. 1er de la loi du 25 janvier 1985

Cette formule, combinée avec le fait qu'un magistrat du corps judiciaire participerait à l'élaboration de l'ordonnance de roulement et émettrait un avis sur l'évaluation de ses collègues⁸⁵, semble à la commission de nature à réduire les risques d'inconstitutionnalité.

Un membre de la commission estime que, dès lors que le statut des juges consulaires et la désignation des présidents consulaires de formation de jugement présenteraient davantage de garanties, l'indépendance des magistrats du corps judiciaire, siégeant comme assesseurs, pourrait être raisonnablement considérée comme assurée.

1.4.2.2. La mixité limitée à certains contentieux

La formule consistant à faire participer les magistrats du corps judiciaire uniquement en tant qu'assesseurs de formations de jugement systématiquement présidées par des juges consulaires a été écartée par la majorité de la commission⁸⁶. Dans ces conditions et compte tenu des problèmes que soulèvent les deux schémas de mixité généralisée, une solution pourrait consister, pour les formations présidées par un juge consulaire, à ne pas faire entrer, dans leur composition, de magistrats du corps judiciaire, ce qui éviterait tout risque de nature constitutionnelle lié à l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Cette solution conduirait à distinguer deux sortes de formations de jugement ayant des compétences et des compositions distinctes.

Les magistrats du corps judiciaire, pour les mêmes raisons que celles indiquées ci-dessus dans l'hypothèse de mixité généralisée avec partage des présidences, présideraient les chambres compétentes pour les procédures collectives et les contentieux «spéciaux», tandis que les chambres exclusivement consulaires connaîtraient du contentieux général.

Si elle écarte tout risque constitutionnel, cette hypothèse ne supprime pas toutes les difficultés du point de vue, notamment, des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, certains contentieux demeurant soumis à une formation de jugement comprenant exclusivement des juges consulaires, une telle composition pourrait être contestée au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relative au tribunal impartial⁸⁷, qui considère que la présence d'un magistrat du corps judiciaire au sein d'une juridiction est un élément de nature à la faire regarder comme impartiale.

L'absence d'un magistrat du corps judiciaire, dans une formation de jugement, n'est certes pas rédhibitoire dès lors que le jugement prononcé est susceptible d'un recours de pleine juridiction. Le problème est que, dans certaines hypothèses du contentieux général, les tribunaux de commerce statuent en premier et dernier ressort. Les jugements sont alors insusceptibles d'appel, le pourvoi en cassation dont ils peuvent être frappés n'étant pas, de son côté, un recours de pleine juridiction. L'absence de magistrat du corps judiciaire dans ces hypothèses, qui ne concernent, que des litiges d'une valeur inférieure à 13.000 F (du moins en l'état actuel du taux du ressort), crée donc une difficulté au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁵ voir supra p. 39 et p. 40

⁸⁶ voir supra 1.4.1. in fine p. 47

⁸⁷ Voir supra p. 30

Cette réserve étant faite, la solution ici envisagée permettrait, au plan de l'opportunité d'atténuer le caractère potentiellement conflictuel de la réforme auprès d'une partie des juges consulaires, dans la mesure où elle laisserait subsister des formations de jugement composées uniquement de juges consulaires. Elle recueillerait vraisemblablement un écho favorable de nombreux magistrats, en ne risquant pas de les placer en position d'assesseurs. Elle serait relativement simple à mettre en oeuvre. Elle nécessiterait moins de magistrats du siège et permettrait, à la fois, de les affecter aux formations où ils seraient les plus utiles et de dégager une partie des 350 emplois, dont la création a été décidée par le gouvernement, pour renforcer les effectifs du parquet dont la faiblesse est unanimement déplorée. Cet ensemble de raisons explique qu'elle a été mise en avant par une partie non négligeable des personnes auditionnées.

En revanche, le maintien de formations de jugement composées uniquement de juges consulaires serait en contradiction avec l'objectif du gouvernement qui est, aux termes de la lettre de mission, de faire siéger des magistrats professionnels expérimentés dans l'ensemble des formations de jugement. On peut aussi se demander si une modification de cette nature serait suffisante pour permettre à la réforme d'avoir une pleine efficacité.

1.4.3. Conclusion.

L'examen qui précède montre qu'entre les divers schémas imaginables, seules trois solutions peuvent être raisonnablement envisagées de l'avis de la majorité des membres de la commission :

* Solution n° 1 : La présidence de toutes les formations de jugement par les magistrats du corps judiciaire

* Solution n°2 : La mixité généralisée à l'ensemble des contentieux avec partage des présidences, les formations du contentieux général étant présidées par un juge consulaire, celles de procédures collectives et du contentieux «spécial» l'étant par un magistrat du corps judiciaire, de sorte que tout magistrat du corps judiciaire assesseur dans une formation du contentieux général serait, par ailleurs, président d'une formation des procédures collectives et du contentieux «spécial» ;

* Solution n°3 : La mixité limitée aux procédures collectives et aux contentieux «spéciaux», les formations de jugement compétentes en ces matières étant présidées par un magistrat du corps judiciaire, les formations compétentes pour les autres contentieux demeurant composées et présidées uniquement par des juges consulaires.

Quelle que soit la solution retenue devraient être prises les mesures destinées à préserver l'indépendance des magistrats du corps judiciaire⁸⁸

Seules les solutions n° 1 et 2 répondent à l'objectif fixé par la lettre de mission d'une mixité généralisée. La première a le mérite de la clarté et de ne soulever aucune objection de nature constitutionnelle ; en revanche, elle se heurterait à une opposition très forte des juges consulaires et des milieux économiques. La deuxième répond davantage à la préoccupation d'équilibre entre les deux catégories de juges et ménage la possibilité d'une carrière continue des juges consulaires jusqu'à la présidence du tribunal, mais elle est plus complexe à mettre en oeuvre, n'écarte pas totalement les risques d'inconstitutionnalité et peut cumuler les mécontentements.

Aucune des ces deux solutions n'étant exempte de risque le Gouvernement pourrait s'il préfère modifier son objectif initial de mixité généralisée, retenir la troisième solution qui ne se heurte à aucun obstacle de constitutionnalité, soulève moins d'oppositions et ne présente qu'un risque limité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

1.5 L'assemblée générale

Aux termes de l'article R. 412-12 du code de l'organisation judiciaire, l'assemblée générale du tribunal de commerce, présidée par le président de la juridiction, est composée des juges en exercice. Outre son rôle consultatif en matière d'établissement de l'ordonnance de roulement⁸⁹ et de nomination de président de chambre⁹⁰ et de juge-commissaire⁹¹, l'assemblée générale élit le président du tribunal⁹².

Les magistrats du corps judiciaire en fonctions dans les tribunaux de commerce représenteront en toute hypothèse une part très limitée de l'effectif global de chaque tribunal, donc des participants à l'assemblée générale.

Dans un souci de favoriser leur intégration et, ainsi d'assurer une réelle mixité, il est cependant tout à fait souhaitable qu'ils soient membres de l'assemblée générale, sans toutefois prendre part à l'élection du président du tribunal de commerce. Cette participation est d'autant plus justifiée que les pouvoirs dont dispose le président en matière d'administration de la juridiction ne sont pas sans incidence sur les conditions d'exercice de leurs fonctions par les magistrats du corps judiciaire.

⁸⁸ cf. supra les développements relatifs aux pouvoirs d'administration judiciaire du président du tribunal de commerce p.39 s.

⁸⁹ Art. R. 412.10 COJ

⁹⁰ Article R. 412.8 du code de l'organisation judiciaire

⁹¹ Article L. 412-4 du code de l'organisation judiciaire

⁹² Art. L 412-11 COJ

De la même façon et pour les mêmes raisons, la composition du bureau de l'assemblée générale⁹³ devrait comprendre un magistrat du corps judiciaire.

1.6 Le parquet

L'importance du rôle du parquet devant les juridictions consulaires a été soulignée par la plupart des personnalités entendues par la commission.

Toutefois, la mixité au sein des tribunaux de commerce ne saurait se limiter à un renforcement de la présence et du rôle du parquet. Celui-ci a certes pour mission de veiller à l'application de la loi et doit notamment, à ce titre, assurer un contrôle des mandataires de justice, mais il n'est pas membre de la formation de jugement ; il serait donc vain de penser que sa seule présence serait une garantie suffisante de l'impartialité de la juridiction et de la qualité des décisions rendues.

Il n'en reste pas moins qu'en l'état de la carte judiciaire et des moyens humains dont il dispose, le parquet n'est pas en mesure d'exercer effectivement la plénitude des missions qui lui sont attribuées par la loi. Dans la quasi-totalité des juridictions, aucun magistrat du parquet n'est affecté à temps complet au service commercial. En effet, les sections économiques et financières des parquets, dont les effectifs sont souvent très réduits, assurent non seulement le suivi des affaires commerciales, mais surtout le traitement pénal du contentieux économique, financier et social. Au surplus, sa présence n'étant jamais obligatoire, il est trop souvent absent du tribunal de commerce⁹⁴.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la commission insiste sur l'importance de la réforme de la carte judiciaire qui, dans toute la mesure du possible, devra favoriser un regroupement des tribunaux de commerce se rapprochant de la carte des tribunaux de grande instance auprès desquels le ministère public a son siège. Par ailleurs, elle estime indispensable de renforcer les effectifs des magistrats du parquet affectés à la matière commerciale.

⁹³ Article R. 412-13 du code de l'organisation judiciaire

⁹⁴ La commission prend acte du projet de la Chancellerie de prévoir, dans certains cas, la présence obligatoire du parquet en matière de procédures collectives.

2- LA MIXITE DANS LES COURS D'APPEL

Dans sa communication en Conseil des ministres, le 14 octobre 1998, relative à la réforme de la justice commerciale et de l'environnement juridique de l'entreprise, le Garde des sceaux a indiqué *«qu'une réflexion sera engagée sur les passerelles permettant aux juges consulaires les plus expérimentés d'accéder aux cours d'appel auxquelles ils pourront apporter une contribution précieuse»*.

Dans la lettre de mission qu'ils leur ont adressée, les ministres ont demandé aux membres de la présente commission d'examiner *«quelles seraient les modalités d'association des juges consulaires aux chambres commerciales des cours d'appel et plus généralement, les passerelles permettant aux juges consulaires expérimentés d'accéder à la magistrature professionnelle»*.

2.1. La mixité obligatoire des chambres statuant en matière commerciale

La commission considère qu'afin d'assurer l'effectivité de la mixité ainsi souhaitée, cette association devra être obligatoire dans chaque formation de jugement statuant en matière commerciale dans les cours d'appel. Au demeurant, le caractère facultatif d'une telle participation pourrait être jugé contraire au principe d'égalité.

Toutefois, dans un souci de pragmatisme, notamment afin de tenir compte, lors de la mise en place de ce dispositif, des risques réels d'insuffisance de recrutement, spécialement dans les ressorts des petites cours, il conviendrait de prévoir un principe d'obligation tout en aménageant un mécanisme de remplacement similaire à celui qui existe pour les chambres de l'expropriation⁹⁵.

Sur un plan d'organisation judiciaire, l'introduction de la mixité dans les cours d'appel serait facilitée par l'identification d'une chambre commerciale dont l'institution s'inscrirait, en outre, dans la logique d'une «juridiction économique spécialisée». Or, en l'état des textes, cette identification se heurte à un obstacle technique. En effet, le code de l'organisation judiciaire ne consacre pas l'existence propre de la chambre commerciale (à la différence de la chambre d'accusation ou de la chambre sociale) qui ne constitue qu'une formation spécialisée de la chambre civile. Il y aurait donc un intérêt certain à reconnaître l'existence propre d'une «chambre commerciale», étant précisé que l'institution autonome de cette chambre n'aurait aucune incidence budgétaire puisqu'elle n'impliquerait pas la création d'un emploi de président de chambre. A défaut, il y aurait lieu de faire référence pour l'affectation des juges d'origine consulaire à la notion «de matière commerciale». Dans ce dernier cas, il conviendrait de prévoir la présence d'un magistrat d'origine consulaire lorsque la cour d'appel statue en matière commerciale (comme c'est par exemple le cas pour les affaires concernant les mineurs avec le conseiller délégué à la protection de l'enfance). Cette affectation serait prévue dans le cadre de l'ordonnance de roulement.

⁹⁵ Ces chambres peuvent être complétées, en cas d'empêchement d'un de leurs membres, par des magistrats de la cour : Art. L 222-2 et R 222-1 du COJ

2.2. Les garanties nécessaires

Si la participation de juges issus des tribunaux de commerce est souhaitable dans son principe, elle devrait être entourée de garanties particulières d'ordre statutaire qui paraissent exclure la faculté parfois envisagée de faire siéger des juges consulaires, en tant que tels, dans les cours d'appel.

En outre, les impératifs statutaires dégagés de la jurisprudence du Conseil constitutionnel paraissent également imposer que ces conseillers ne puissent siéger qu'en qualité d'assesseur des formations commerciales.

Enfin, le statut applicable à ces juges devra se conformer aux exigences d'impartialité et d'indépendance posées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, compte tenu de la structure actuelle du corps électoral intervenant en matière d'élection aux tribunaux de commerce, la composition actuelle de ces juridictions peut contrevenir aux exigences d'impartialité de cette convention, s'agissant des litiges opposant un commerçant à un non-commerçant. Si cette situation peut être admise pour les juridictions du premier degré dès lors, toutefois, que leurs décisions peuvent être déférées au contrôle d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction, tel ne saurait en revanche être le cas pour les cours d'appel qui statuent en dernier ressort. Cette exigence impose que les cours d'appel offrent toutes les garanties de l'article 6 de la Convention⁹⁶.

⁹⁶ V. Supra p. 30

C - LA CO-EXISTENCE DES STATUTS

L'organisation de la mixité dans les tribunaux de commerce doit être examinée au regard des différences substantielles des statuts respectifs des juges consulaires et des magistrats du corps judiciaire, différences liées à leurs modes de recrutement, à la nature des textes fixant leur statut et au contenu de celui-ci.

Le recrutement des juges consulaires repose sur un mécanisme électif, celui des magistrats du corps judiciaire sur une nomination par décret à l'issue d'un processus de vérification de leurs aptitudes, obéissant à des modalités diverses (concours, intégrations) et conforme au principe de l'égal accès aux emplois publics.

La nature des textes statutaires diffère également, les dispositions relatives aux juges consulaires relevant de la loi ordinaire alors que le statut des magistrats du corps judiciaire est défini par une loi organique dont les principes fondamentaux - l'indépendance de l'autorité judiciaire garantie par le Président de la République assisté du Conseil Supérieur de la Magistrature, et l'inamovibilité des magistrats du siège - sont posés par la Constitution.

Les règles statutaires de l'exercice des fonctions des magistrats du corps judiciaire sont beaucoup plus nombreuses et précises que pour les juges consulaires. Aux termes de sa décision n° 96-16 I du 19 décembre 1996⁹⁷, le Conseil constitutionnel a jugé que le statut de la magistrature n'était pas applicable aux juges consulaires.

Dans ces conditions, il est nécessaire de modifier le statut des juges consulaires afin de permettre la coexistence, au sein d'une même juridiction, de magistrats du corps judiciaire et de juges élus tout en répondant aux exigences d'impartialité résultant de la Convention européenne des droits de l'homme.

En outre, l'affectation des magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce implique une adaptation des règles statutaires qui leur sont applicables, s'inscrivant dans un objectif de gestion efficace des ressources humaines compatible avec le principe d'inamovibilité des magistrats du siège.

Enfin, la participation de juges d'origine consulaire aux formations commerciales des cours d'appel implique des règles spécifiques liées à la nature propre de cette juridiction.

⁹⁷ J.O du 27 décembre 1996 p. 19.225

1 - LES JUGES CONSULAIRES

1.1. Les juridictions du premier degré

1.1.1. Les insuffisances du statut du juge consulaire

Il ressort des auditions un certain consensus sur les lacunes actuelles du statut des juges consulaires, qui concernent les règles de désignation, les incompatibilités et la déontologie.

1.1.1.1. Les imperfections du processus d'élection des juges

Les juges consulaires sont élus par un collège de grands électeurs composé : des délégués consulaires, eux-mêmes élus ; des membres en exercice des chambres de commerce et d'industrie ; des membres des tribunaux de commerce ; des anciens membres de ces dernières institutions lorsqu'ils ont demandé à être inscrits sur la liste électorale.

Or, les dispositions actuelles fixant la composition du corps électoral des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie excluent certaines catégories de personnes qui, pourtant, peuvent être justiciables des tribunaux de commerce en raison de la diversité des compétences de ceux-ci. Il en est ainsi notamment des artisans et des personnes morales de droit public qui, bien qu'inscrites au registre du commerce et des sociétés, ne sont pas électeurs.

Par ailleurs, ces élections sont caractérisées par un taux très élevé d'abstentions, tant pour les membres des chambres et délégués consulaires, que pour les juges des tribunaux de commerce eux-mêmes. En effet, selon les données disponibles, le taux de participation ne dépasse pas 20% au premier degré et 45% au second degré. Ce faible taux s'explique notamment par l'insuffisance des candidatures, le nombre de candidats correspondant, dans beaucoup de juridictions, au nombre de sièges à pourvoir.

Enfin, il doit être observé la part très limitée des femmes (moins de 10%) parmi les juges consulaires, qui trouve notamment son explication dans la structure du corps électoral.

1.1.1.2. Les lacunes des incompatibilités

En l'état actuel, la seule incompatibilité spécifique qui existe avec l'exercice de fonctions de juge consulaire est celle édictée à l'article L. 413-5 du code de l'organisation judiciaire, qui interdit au juge consulaire «*d'être simultanément membre d'un conseil de prud'hommes ou membre d'un autre tribunal de commerce*».

Certaines incompatibilités générales s'appliquent aux juges consulaires, notamment celle prévue à l'article R 721-1 du code de l'organisation judiciaire, concernant les conjoints, parents et alliés, et celle résultant des articles 421-12 et 421-13 du code pénal relatifs à la prise illégale d'intérêts.

Aucune incompatibilité n'existe entre les fonctions de membre d'une chambre de commerce et d'industrie et celles de juge consulaire.

Il n'en n'est pas non plus prévu avec un mandat à l'Assemblée Nationale⁹⁸ ou tout autre mandat électif politique, ni avec des fonctions de responsabilité dans les organisations professionnelles..

1.1.1.3. Un cadre déontologique incomplet

Les juges consulaires sont amenés à prêter le serment des magistrats de l'ordre judiciaire⁹⁹ *«je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations, et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat»*.

Lorsque le juge consulaire ne respecte pas les termes de ce serment, il peut se voir appliquer des dispositions civiles, pénales ou disciplinaires, en fonction de ce qui lui est reproché.

Du fait même de leur origine, les juges consulaires sont exposés à des risques déontologiques en raison de leurs liens avec le monde économique. Si ce contact est un avantage indéniable pour l'exercice de leurs fonctions, des liens trop proches, ou qui peuvent paraître tels aux justiciables, sont préjudiciables à la sérénité de la Justice. C'est d'ailleurs pour éviter les conflits d'intérêts que la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises sanctionne toute personne, et notamment le juge, qui *« ayant participé à un titre quelconque à la procédure, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou les utilise à son profit»*¹⁰⁰.

Le souci d'un renforcement du cadre déontologique de l'activité consulaire a conduit le législateur, en 1987, à créer un organe disciplinaire, la Commission nationale de discipline des membres des tribunaux de commerce. Celle-ci est actuellement présidée par le président de la chambre commerciale de la Cour de cassation et comprend un membre du Conseil d'Etat, deux magistrats du siège des cours d'appel et quatre membres des tribunaux de commerce élus par l'ensemble de leurs présidents.

Cette commission ne peut être saisie que par le garde des sceaux, après audition de l'intéressé par le président du tribunal de commerce. Elle peut prononcer soit un blâme, soit la déchéance du magistrat consulaire lorsque ce dernier a manqué à l'honneur, à la probité ou à la dignité et aux devoirs de sa charge¹⁰¹. Par ailleurs, son président peut prononcer une suspension provisoire limitée à six mois, renouvelable une fois sur décision de la Commission, cette suspension pouvant, si l'intéressé est poursuivi pénalement, être prononcée jusqu'à la condamnation pénale définitive.

⁹⁸ Cons. cons décision n° 96-16 I du 19 décembre 1996 JO du 27 décembre 1996 p. 19.225

⁹⁹ Art. L 412-7 COJ

¹⁰⁰ Art. 207 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985

¹⁰¹ Art. L 413-3 COJ

Ce dispositif disciplinaire présente des imperfections.

En premier lieu, il ne précise pas la procédure applicable à la mise en cause d'un président de tribunal de commerce, notamment pour ce qui est de son audition,.

En second lieu, le premier président ne dispose à l'égard des juges consulaires de son ressort d'aucun pouvoir disciplinaire. Il ne peut pas saisir directement la Commission nationale et n'a pas, non plus, la possibilité de prononcer, en dehors de toute action disciplinaire, un avertissement comme c'est le cas pour les magistrats professionnels.

En outre, les procédures disciplinaires sont généralement arrêtées par la démission des juges consulaires contre lesquels une sanction de blâme ou de déchéance devient alors sans objet. Un quart des dossiers disciplinaires ouverts entre 1993 et 1998 s'est terminé par la démission de l'intéressé ; de plus, l'éventualité d'une procédure disciplinaire entraîne souvent une démission avant que celle-ci ne puisse être ouverte.

L'article R. 414-20 du code de l'organisation judiciaire permet bien de retirer l'honorariat à un ancien juge du tribunal de commerce ou de lui interdire temporairement de s'en prévaloir, mais il prévoit que ces dispositions ne sont pas applicables lorsque l'intéressé renonce définitivement à se prévaloir de l'honorariat. Le démissionnaire échappe ainsi à toute sanction disciplinaire.

Il en résulte un sentiment d'impunité, renforcé par le fait que rien n'empêche l'intéressé de se présenter aux élections suivantes.

Le faible taux de saisine et l'obstacle des démissions expliquent le nombre restreint de décisions de la Commission nationale.

1.1.2. Les perspectives de réforme : l'amélioration du statut des juges consulaires

1.1.2.1. Perfectionner le mode de désignation des juges consulaires

- La modification du système électoral

Au regard des critiques qui ont pu être formulées à l'endroit du processus électoral, une modification du système électoral pourrait apparaître souhaitable. Ses différents éléments posent cependant chacun problème.

Elargir le corps électoral aux artisans non immatriculés au registre du commerce, mais à celui des métiers, et aux personnes morales de droit public inscrites au registre du commerce est souhaitable dans son principe, mais soulève d'importantes difficultés de pondération des suffrages.

Instituer une élection directe pourrait paraître plus clair et de nature à favoriser un meilleur taux de participation aux élections en montrant mieux les enjeux, mais comporterait, outre un risque de politisation de l'élection, celui de voir la participation baisser encore, les relais que constituent les délégués consulaires n'étant plus là pour tenter de mobiliser les électeurs.

Déconnecter l'élection aux tribunaux de commerce de l'élection aux chambres de commerce et d'industrie aurait une logique, les enjeux des deux élections étant de nature très différente, mais pourrait là aussi réduire encore la participation par une dispersion des échéances électorales.

Dans ces conditions, et dans le cadre de sa mission limitée, la commission a estimé qu'elle ne pouvait pas proposer une réforme d'ensemble. Tout au plus suggère-t-elle de ne procéder à des élections que tous les deux ans au lieu d'une fréquence annuelle.

La difficulté de modifier le corps électoral contribue à expliquer que la commission a cherché d'autres voies, expliquées précédemment, pour assurer l'impartialité du tribunal. Elle l'a conduite, d'autre part, à centrer ses propositions de réforme du statut du juge consulaire sur le renforcement des incompatibilités et du cadre déontologique.

- La modification du mode de sélection

Il pourrait être envisagé, comme l'a suggéré la Conférence générale des tribunaux de commerce, de soumettre l'exercice des fonctions de juge consulaire ou celles de président de tribunal à l'avis favorable d'un organisme indépendant, qui pourrait écarter les candidats ne présentant pas de garanties suffisantes de compétence ou d'indépendance. Cet organisme pourrait être une commission instituée au siège de chaque cour d'appel et comprenant trois membres nommés par le Premier président : un magistrat du siège, président, et deux présidents des tribunaux de commerce du ressort.

Ce mode de sélection remplacerait les procédures officieuses de cooptation existant dans certains ressorts. Il aurait l'avantage de la transparence et permettrait une association de magistrats du corps judiciaire et de juges consulaires, conforme à l'esprit de la mixité.

Il se heurterait, cependant, à la difficulté de définir des critères objectifs et de fournir les éléments d'appréciation permettant d'éliminer certains candidats. Au surplus, le principe même d'une sélection préalable des candidats par une commission, si indépendante et qualifiée soit-elle, est difficilement compatible avec la logique démocratique de l'élection, qui confie aux électeurs le soin de choisir les meilleurs candidats.

En revanche, un comité de sélection institué au niveau régional et placé sous la responsabilité du Premier président pourrait être chargé d'apprécier les aptitudes et compétences des candidats aux fonctions de président de chambre. En effet, il s'agit de fonctions auxquelles les juges consulaires ne sont pas élus mais nommés, en l'état des textes, par le président du tribunal de commerce. Seuls les juges inscrits sur cette liste pourraient accéder aux présidences des chambres. Cette disposition aurait à terme des incidences sur la présidence du tribunal puisque le président est, dans la pratique, généralement élu parmi les présidents de chambre.

La Conférence générale des tribunaux de commerce a proposé en outre que les résultats de l'élection fassent l'objet d'un décret publié au journal officiel. La commission estime qu'il n'appartient pas à un décret de constater les résultats d'une élection, mais elle estime souhaitable que ces résultats fassent l'objet d'une publication par toute autre voie.

1.1.2.2. Créer de nouvelles incompatibilités

La commission estime indispensable d'aligner le statut des juges consulaires sur celui des magistrats de l'ordre judiciaire en ce qui concerne le régime des incompatibilités en matière de mandat électif politique.

Le champ d'application des incompatibilités entre un mandat électif local politique et la fonction de juge consulaire devrait être le ressort de la juridiction dans laquelle le juge exerce ses fonctions. Cette incompatibilité doit être édictée par une loi ordinaire. L'incompatibilité avec un mandat électif politique national doit, quant à elle, être prévue par une loi organique. Ces dispositions figurent dans les projets de loi relatifs aux cumuls des mandats qui ont été adoptés en première lecture par l'Assemblée Nationale et le Sénat¹⁰².

D'autres incompatibilités ou interdictions doivent également être envisagées:

- interdiction pour les juges et anciens juges d'exercer une fonction de mandataire ad hoc, de conciliateur prévu par la loi du 1er mars 1984, ou de commissaire à l'exécution du plan.

- incompatibilité avec les fonctions de président d'une chambre de commerce ou d'industrie, ou des métiers, située dans le ressort du tribunal de commerce.

1.1.2.3. Renforcer le cadre déontologique

La commission propose de soumettre le juge consulaire à une déclaration de ses intérêts économiques. Cette déclaration, justifiée par la coexistence d'une activité professionnelle et d'une activité juridictionnelle, interviendrait dès la prise de fonctions et devrait être ensuite actualisée en tant que de besoin. Elle pourrait s'inspirer de la déclaration imposée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 modifiée, prévue pour le président et les membres de la Commission des opérations de bourse. Devraient ainsi être déclarés : les intérêts que le juge détient ou vient à détenir, les fonctions qu'il exerce ou vient à exercer dans une activité économique et financière, ainsi que tout mandat qu'il détient ou vient à détenir au sein d'une personne morale. Cette déclaration devrait être étendue aux conjoints.

L'efficacité de la procédure disciplinaire devrait être renforcée en confiant au premier président un pouvoir propre d'action et en élargissant les sanctions applicables. Le premier président pourrait être chargé de procéder à l'audition préalable de tout juge consulaire mis en cause à l'encontre duquel il pourrait prononcer une mesure de suspension provisoire dans l'attente de la décision de la Commission nationale de discipline qu'il pourrait directement saisir. Une voie de recours à l'encontre de cette suspension provisoire serait ouverte devant le président de la Commission nationale de discipline. En outre, comme il est prévu pour les magistrats du corps judiciaire, le premier président devrait pouvoir, en dehors de toute action disciplinaire, prononcer un avertissement.

¹⁰² Cf. - Projet de loi organique n° 1157 relatif aux incompatibilités entre mandats électoraux
- Projet de loi simple n° 1158 relatif aux incompatibilités entre mandats électoraux et fonctions électives.

Afin d'éviter que les juges démissionnaires n'échappent aux poursuites disciplinaires dont ils sont l'objet, la commission nationale de discipline pourrait prononcer à leur encontre, non seulement le retrait de l'honorariat sans qu'il soit permis d'y renoncer, mais surtout une interdiction de se présenter aux élections aux tribunaux de commerce, pour une durée maximum de 5 ans, sans préjudice des poursuites pénales et des actions civiles.

1.2. Les cours d'appel : l'élaboration d'un statut de conseiller consulaire de cour d'appel

1.2.1. Le cadre juridique.

Les décisions précitées du Conseil constitutionnel - en dernier lieu celle du 19 février 1998 - relatives au recrutement exceptionnel de magistrats et à l'exercice temporaire des fonctions judiciaires, constituent une donnée essentielle pour déterminer les modalités possibles d'association de juges consulaires aux cours d'appel.

Par ces décisions, le Conseil a admis que des personnes n'appartenant pas à la magistrature de carrière puissent exercer à titre temporaire des fonctions judiciaires : *«si les fonctions de magistrats de l'ordre judiciaire doivent être, en principe, exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des personnes n'entendant pas embrasser la carrière judiciaire puissent exercer à titre temporaire des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière»*¹⁰³.

Pour autant, le Conseil a subordonné la mise en place d'un tel recrutement à une série de conditions résultant de deux principes constitutionnels : l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des juges du siège ; l'égal accès aux places et emplois publics.

En outre, il a posé en principe que l'exercice temporaire de la magistrature n'est envisageable que pour *«une part limitée des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière»*.

L'exigence du caractère exceptionnel d'un tel recrutement se traduit, non seulement par une limitation statutaire du nombre des recrutements opérés par cette voie, mais également, en termes de fonctions et d'organisation judiciaire.

¹⁰³ décision n° 98-396 DC du 19 février 1998 JO du 26 février 1998 p. 2976

Aussi, au regard de cette jurisprudence, la participation de juges non professionnels issus des tribunaux de commerce aux formations de jugement des cours d'appel, possible dans son principe, devrait être entourée de garanties strictement encadrées.

A l'instar des limitations prévues par la loi organique n° 95-64 du 25 janvier 1995 relative aux magistrats exerçant à titre temporaire, le nombre de conseillers d'origine consulaire recrutés devrait être limité à un, au plus, par formation de jugement, dont ils ne pourraient être qu'assesseurs. Leur participation devrait être limitée au seul contentieux commercial entre commerçants.

Ces garanties propres à assurer le respect des règles fondamentales du statut de la magistrature devraient, en outre, être conformes aux exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme et, notamment, par son article 6§1 relatif au tribunal indépendant et impartial.

1.2.2. Les garanties d'indépendance par rapport aux activités professionnelles

L'indépendance du conseiller d'origine consulaire devrait être assurée par des règles précises par rapport à son activité professionnelle et aux intérêts qu'il peut détenir.

En premier lieu, cette exigence commanderait de ne pas autoriser l'exercice concomitant de ces fonctions judiciaires et d'une profession. Il est vrai que l'article 41-14 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature autorise les magistrats recrutés à titre temporaire à exercer certaines activités professionnelles. Mais, ces magistrats ne peuvent exercer que des fonctions de juge d'instance ou d'assesseur dans les formations collégiales des tribunaux de grande instance. La situation des conseillers consulaires de cour d'appel serait beaucoup plus proche de celles des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, auxquels toute activité professionnelle privée est interdite. Une telle interdiction peut, sans doute, dissuader des juges consulaires de postuler à des fonctions qui, dans certaines cours d'appel, ne pourront s'exercer qu'à temps partiel. Mais il est permis de penser qu'il sera néanmoins possible de trouver des candidats valables parmi les juges consulaires ayant cessé leur activité professionnelle et n'ayant pas dépassé l'âge limite fixé pour ce recrutement.

En second lieu, il serait impératif d'imposer au conseiller nouvellement recruté une obligation de déclaration de ses intérêts économiques. Élément de son impartialité objective, elle constituerait, en outre, pendant la durée de l'exercice de ses fonctions judiciaires, un outil précieux pour le président de la chambre qui a en charge la répartition des dossiers entre les membres de sa chambre.

Ensuite, les conditions de recrutement devraient garantir l'indépendance du conseiller nouvellement recruté par rapport à l'activité professionnelle qu'il pourrait retrouver après la cessation de ses fonctions. Cette question conduit à écarter l'hypothèse où serait privilégié le recrutement, pour une durée de l'ordre de trois années par exemple, de juges consulaires jeunes. Parfaitement compatible avec l'objectif d'associer aux cours d'appel des personnes ayant une expérience en phase avec l'évolution de la vie économique, un tel recrutement pourrait être source de difficultés d'ordre déontologique, compte tenu de l'inévitable retour de ces juges dans le secteur privé.

C'est pourquoi pour ces candidats «jeunes», la formule d'intégration définitive (avec le risque toujours présent d'une démission anticipée) doit être préférée à une intégration temporaire. Cette intégration se ferait dans les conditions habituelles. Il s'agit là d'une «passerelle» comme l'avaient souhaité les ministres dans la lettre de mission. Mais il est nécessaire, comme ils l'ont également demandé, de créer une filière spécifique pour l'accès des juges consulaires aux chambres commerciales des cours d'appel.

1.2.3 Une voie spécifique de recrutement.

Les voies actuelles de l'intégration et du service extraordinaire ne sont pas suffisantes pour assurer une présence systématique de juges consulaires dans les formations d'appel ; elles ne permettent pas de garantir que les quelques candidats ainsi recrutés seraient ensuite affectés dans les formations commerciales.

Un simple rôle consultatif semble insuffisant pour réaliser une véritable mixité ; une quasi-unanimité existe chez les magistrats du corps judiciaire pour considérer que les formations commerciales des cours d'appel ne bénéficieront réellement de l'expérience des anciens juges consulaires que si ceux-ci sont membres à part entière de ces formations. La symétrie avec la mixité introduite en première instance n'existera d'ailleurs qu'à cette condition et beaucoup de juges consulaires partagent cet avis, même s'ils sont parfois dubitatifs sur la possibilité de trouver suffisamment de candidats.

Une voie spécifique de recrutement de conseillers consulaires de cour d'appel doit donc être créée ; elle concernerait des juges consulaires âgés d'au moins 50 ans et de 60 au plus, et recrutés pour une durée maximale de dix années non renouvelables ; ainsi cette voie spécifique ne saurait être gérée comme une étape de carrière. La limite d'âge resterait fixée à 65 ans.

Même si, dans les premiers temps suivant sa nomination, un conseiller recruté parmi les juges consulaires du ressort ne pourra évidemment pas connaître en appel des jugements auxquels il a participé en première instance, il ne paraît pas nécessaire de prévoir une incompatibilité de nature territoriale, qui risquerait de limiter à l'excès les candidatures.

Ce problème doit pouvoir être résolu, soit par la présence de plusieurs conseillers consulaires au sein d'une même cour d'appel, soit, dans le cas où l'unique conseiller consulaire d'une cour d'appel serait obligé de se déplacer, par le recours à un conseiller consulaire d'une cour voisine ou par l'application des règles de suppléance de droit commun.

S'agissant, en revanche, de l'exigence d'une certaine durée d'exercice professionnel qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires, elle pourrait consister en l'exercice pendant une durée minimale (sept à dix années) de fonctions juridictionnelles dans un tribunal de commerce.

Plusieurs modalités de présentation des candidatures paraissent devoir être écartées:

- la proposition par l'assemblée générale des tribunaux de commerce, ce qui n'apparaît pas une garantie suffisante au regard de la jurisprudence du conseil constitutionnel;

- la proposition par l'assemblée générale des magistrats du siège des cours d'appel, ce qui, compte tenu de risques de blocage, n'apparaît pas, non plus, souhaitable ;

- l'inscription sur une liste d'aptitude dressée par la Commission de discipline des tribunaux de commerce ; cette solution nécessiterait d'insérer dans la loi organique toutes les dispositions concernant ce mode de sélection, y compris les dispositions fixant la composition et l'organisation de cette commission. En outre, en l'absence de toute évaluation et de tout dossier de juges consulaires, la Commission manquerait d'éléments d'appréciation pour établir cette liste d'aptitude.

En revanche, le dispositif de recrutement pourrait valablement s'articuler de la façon suivante :

- candidatures spontanées instruites par les chefs de la cour d'appel d'origine de l'intéressé et suivies d'un avis de leur part ;

- examen de la candidature par la Commission d'avancement, pour avis conforme;

- choix du poste par le candidat sur la liste de postes qui lui sont proposés par la Chancellerie ;

- nomination après avis conforme du CSM.

L'exigence d'un avis conforme de la Commission d'avancement paraît en particulier imposée par la jurisprudence constitutionnelle qui a toujours considéré qu'en l'absence de concours, l'aptitude à l'exercice temporaire de fonctions réservés aux magistrats du corps judiciaire devait être contrôlée par cette commission.

2 -LES MAGISTRATS DU CORPS JUDICIAIRE

2.1. Le recours à des magistrats expérimentés et formés.

Compte tenu du rôle que les magistrats du corps judiciaire vont être appelés à tenir dans les tribunaux de commerce, il apparaît nécessaire qu'ils aient acquis une expérience avérée du procès civil par plusieurs années d'exercice des fonctions judiciaires. Ceci exclut une affectation dans ces fonctions à la sortie de l'Ecole Nationale de la Magistrature.

Les exigences d'expérience et de formation pourraient trouver leur traduction dans des dispositions d'ordre statutaire.

S'agissant de l'expérience, l'exercice des fonctions au sein des tribunaux de commerce pourrait être subordonné à une condition d'ancienneté minimale. Il pourrait en deuxième lieu, en ce qui concerne des magistrats du second grade, être réservé à ceux comptant sept années d'ancienneté et inscrits sur une liste d'aptitude spéciale, à l'instar de celle prévue par le décret 93-21 du 7 janvier 1993 pour l'accès aux fonctions de président et procureur de la République ou de conseiller de cour d'appel du second grade. La Commission d'avancement pourrait alors, dans son appréciation de l'aptitude des candidats éventuels, prendre en considération les formations suivies par eux. Enfin, cet accès pourrait être réservé, pour les juridictions commerciales les plus importantes, aux magistrats inscrits au tableau d'avancement, ce qui supposerait alors conformément aux dispositions de l'article 15 du décret précité, une ancienneté minimale de 10 années.

Quant à la formation, il pourrait être mis en place, par l'Ecole nationale de la magistrature, une formation spécifique et obligatoire en matière commerciale. Cette formation serait dispensée aux magistrats affectés dans les tribunaux de commerce, préalablement à leur prise de fonction. Un tel dispositif, organisé dans le cadre de la formation continue, existe déjà pour d'autres fonctions judiciaires (chefs de juridiction, présidents de cour d'assises).

En revanche, il n'apparaît pas souhaitable à la commission de limiter aux seuls magistrats ayant suivi une formation à la matière commerciale la possibilité de se porter candidats à l'exercice de fonctions dans les tribunaux de commerce. Une telle exigence conduirait en effet à priver la justice commerciale de magistrats présentant, du fait de leur parcours professionnel, des aptitudes avérées pour l'exercice de ces fonctions. Elle pourrait, en outre, avoir un effet démotivant pour des magistrats qui suivraient une telle formation sans avoir, pour autant, la certitude d'être ensuite affectés dans les tribunaux de commerce.

2.2. La nomination des magistrats dans les tribunaux de commerce

Deux grandes options sont envisageables pour l'affectation des magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de commerce.

La première consisterait, à l'instar de ce qui est prévu pour certaines juridictions spécialisées (tribunal des affaires de sécurité sociale), à prévoir que le service juridictionnel du tribunal de commerce est assuré par des magistrats du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le tribunal de commerce a son siège et désignés pour une durée déterminée par la loi (trois ans) par le premier président de la cour d'appel. L'avantage évident d'un tel mécanisme réside dans sa souplesse au regard des contraintes inhérentes à la procédure de nomination par décret des magistrats du siège.

Toutefois, la commission estime ne pas devoir retenir cette solution pour plusieurs motifs:

En premier lieu, la déconcentration des procédures d'affectation des magistrats dans les tribunaux de commerce pourrait conduire à une disparité des situations contraire à l'objectif d'uniformisation nécessaire de la justice commerciale. Les chefs de cour pourraient avoir une appréciation inégale de l'importance à accorder aux tribunaux de commerce, compte tenu des multiples contraintes auxquelles les juridictions de leur ressort peuvent se trouver confrontées.

En deuxième lieu, un tel dispositif n'est pas de nature à garantir le respect de l'exigence d'une formation effective à la matière commerciale et du recours à des magistrats expérimentés.

Enfin, ce mécanisme peut être contestable au regard du principe de l'inamovibilité des magistrats du siège puisqu'il peut conduire des magistrats, nommés par décret dans un tribunal de grande instance, à exercer en réalité leurs fonctions dans une autre juridiction.

La deuxième option est de nommer les magistrats par décret pris après avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Deux modalités sont alors envisageables.

La première consisterait en une nomination directe dans les tribunaux de commerce, dans les formes applicables aux magistrats du siège, c'est à dire sur proposition du garde des sceaux après avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature. Cette solution serait adaptée pour les nominations dans des juridictions dont la charge de travail représenterait un temps plein pour le magistrat.

La deuxième modalité consisterait, à l'instar de ce qui existe pour les juges d'instance, à nommer par décret, pris après avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature, un magistrat du tribunal de grande instance chargé du service du tribunal de commerce.

Quelle que soit la modalité retenue, cette nouvelle fonction judiciaire devrait être inscrite aux articles 2 et 4 du décret 93-21 du 7 janvier 1993 qui détermine les fonctions accessibles aux magistrats des second et premier grades. Le niveau hiérarchique de cet emploi (1er et 2ème grades) serait déterminé en fonction de l'importance de l'activité du tribunal de commerce.

Pour sa part, la commission estime que la deuxième modalité doit être privilégiée, d'une part, parce qu'elle permet une plus grande souplesse dans la gestion du dispositif, d'autre part et surtout, parce qu'elle permet de maintenir un lien entre le juge chargé du service du tribunal de commerce et le tribunal de grande instance.

En tout état de cause, la nomination par décret paraît s'imposer en ce qu'elle témoigne de l'importance et de la permanence de la juridiction commerciale et qu'elle consacre l'existence d'une nouvelle fonction spécialisée.

TROISIEME PARTIE

LA MISE EN OEUVRE DE LA REFORME

Les ministres ont demandé à la commission de ne pas formuler seulement les grands axes d'une réforme mais d'en examiner les modalités de mise en oeuvre. La commission a estimé nécessaire d'appeler en outre l'attention sur des conditions qui lui paraissent indispensables au succès de cette réforme avant d'en présenter les modalités.

A - LES CONDITIONS DU SUCCÈS DE LA REFORME

1 UN EFFORT DE PEDAGOGIE

A l'occasion de ses auditions, contacts et déplacements, la commission a constaté que les réactions d'une grande majorité de juges consulaires restent marquées par les polémiques des deux dernières années. De ce fait beaucoup perçoivent la mixité comme une remise en cause de leur action, consécutive à des attaques qu'ils estiment injustifiées. Dans ce climat, même le choix du vocabulaire a une importance particulière et doit être explicite pour dissiper tout malentendu. Ainsi, des termes tels qu'«impartialité» ou «proximité», utilisés pour expliquer certains aspects de la réforme de la justice commerciale, sont parfois perçus par les juges consulaires comme une mise en cause personnelle de leur probité et de leur honneur.

Un certain nombre d'entre eux, par ailleurs, ne sont pas convaincus par les améliorations attendues de la mixité, qu'ils considèrent comme une forme d'échevinage ou comme un premier pas en ce sens. Ils redoutent qu'elle se traduise par une suprématie des magistrats du corps judiciaire au sein des formations de jugement et vide de tout intérêt les fonctions qu'ils exercent.

Les motifs juridiques, tirés de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme, qui justifient cette réforme, sont souvent méconnus. Beaucoup ne perçoivent pas encore que les évolutions actuelles du droit, qui s'inscrivent dans un contexte européen, rendent de toute façon inévitable une profonde mutation de la justice commerciale qui, au demeurant, prend place dans la perspective plus générale de la réforme de la justice.

Tous ces éléments pourraient être de nature à conduire une partie des juges consulaires à renoncer à leurs fonctions, d'autant que le mandat d'un grand nombre d'entre eux arrive à échéance à la fin de l'année 1999. En effet, selon une enquête réalisée par la Conférence générale des tribunaux de commerce, 681 juges nouveaux, soit 21%, devront être élus pour remplacer les juges consulaires parvenus au terme légal de leur 14 années de fonctions. 871 juges, soit 27%, devront se représenter aux élections pour un nouveau mandat de 4 ans. Enfin, 180 présidents (soit environ 80%) seront à réélire ou à élire.

Certes, dans l'hypothèse où une partie des juges consulaires, en désaccord avec la réforme, décideraient de quitter leurs fonctions, la continuité du service de la justice commerciale pourrait être assurée par la mise en oeuvre des dispositions de l'article L.412-6 du code de l'organisation judiciaire¹⁰⁴ et par l'augmentation de près de deux cents, du nombre de magistrats du corps judiciaire en poste en juridictions à la fin de l'année 1999¹⁰⁵. Toutefois, une telle situation entraverait le bon fonctionnement du service public de la justice, ferait perdre à la justice commerciale des juges dont l'expérience est précieuse et pourrait, en fonction de son intensité et de sa durée, conduire à remettre en cause le principe même de l'existence des tribunaux de commerce.

Pour éviter une crise, il est indispensable d'expliquer les objectifs poursuivis par la réforme ainsi que les solutions qui auront été adoptées. Cet effort de pédagogie devra être engagé rapidement, de manière décentralisée et à tous niveaux, afin qu'avant les prochaines élections, dont le processus débute dès le mois de juin, les candidats puissent connaître les contours du mandat pour lequel ils solliciteront les suffrages de leurs électeurs.

Dans le cadre de cette présentation de la réforme, il importe d'abord de rappeler que le choix a été fait de maintenir les tribunaux de commerce, ce qui est la marque de la reconnaissance de la qualité du travail accompli par les juges consulaires et traduit également la volonté de préserver les valeurs et les atouts de la justice consulaire que sont, notamment, sa rapidité, le bénévolat et surtout la connaissance de l'économie de ceux qui la rendent. Cette reconnaissance se trouvera également consacrée par le transfert, au profit des tribunaux de commerce, de la compétence commerciale actuellement exercée par 23 tribunaux de grande instance.

Dans le même esprit il convient de montrer que la solution de l'échevinage a été écartée et que la fonction essentielle de président du tribunal restera l'apanage des juges consulaires, avec les prérogatives juridictionnelles et le rôle dans la prévention qui y sont attachés. Il en sera de même pour les fonctions de vice-président et de juge commissaire. Les juges consulaires, qui conserveront ainsi toutes les fonctions de juge unique, demeureront en outre majoritaires dans toutes les formations de jugement.

Il convient ensuite d'expliquer pourquoi des contraintes juridiques ou pratiques conduisent à écarter certaines solutions qui, pourtant, recueillent souvent un écho favorable comme, par exemple, de laisser à une autorité judiciaire locale le soin de répartir les présidences de chambres entre juges de carrière et juges élus ou de cantonner les magistrats du corps judiciaire à des fonctions d'assesseur.

¹⁰⁴ Cet article permet au premier président de la cour d'appel, sur requête du procureur général, de désigner un tribunal de grande instance pour connaître des affaires inscrites au rôle d'un tribunal de commerce qui ne peut se constituer ou fonctionner.

¹⁰⁵ Cette augmentation résulte des effets combinés de la démographie très particulière du corps (peu de départs en retraite) et de l'organisation de deux concours exceptionnels de cent places chacun en 1999 et 2000, déjà prévus par la loi organique n°98-105 du 24 février 1998.

Il faut surtout expliquer qu'à travers la mixité, il est recherché une répartition équilibrée des fonctions entre les juges consulaires et les magistrats du corps judiciaire, qui réponde le mieux possible aux compétences respectives des uns et des autres. C'est dans cet esprit, et non avec la volonté d'établir des liens de subordination hiérarchique, qu'il a pu être proposé de confier aux magistrats du corps judiciaire la présidence des chambres dans les matières pour lesquelles ils sont les plus utiles. De la même façon, c'est le souhait de préserver la spécificité de la justice consulaire qui justifie la proposition de maintenir à la présidence du tribunal de commerce un juge élu continuant d'exercer les fonctions de prévention et de référé, et de désigner les juges-commissaires parmi les juges consulaires.

Il faut enfin montrer que la nouvelle organisation de la justice commerciale proposée vise non seulement à préserver l'existence des tribunaux de commerce, mais à permettre un élargissement de leurs compétences afin qu'ils deviennent de véritables juridictions de l'économie.

Un effort symétrique d'explication devra être mené auprès des magistrats du corps judiciaire. La réforme leur ouvre la possibilité de devenir présidents de certaines, au moins, des chambres des tribunaux de commerce, organise toutes les garanties nécessaires à la sauvegarde de leur indépendance, reconnaît pleinement leur apport au jugement des affaires économiques, prévoit explicitement les effectifs nécessaires.

2 UNE FORMATION ADAPTEE

2.1. Une formation à parfaire

2.1.1. La formation des juges consulaires

Pour les tribunaux de commerce, il convient tout d'abord de faire référence au centre de formation de Tours, mis en place par la Conférence générale, confrontée aux besoins de formation des juges consulaires, et de saluer le travail effectué comme les efforts de participation des juges.

Les programmes concernant le contentieux général, les juges-commissaires, la procédure, les procédures collectives, le président du tribunal ont été conçus de façon pratique et adaptée à l'origine des juges consulaires, qui n'ont pas toujours de formation juridique, même s'ils peuvent avoir une formation supérieure.

Cette formation est organisée au moyen de cycles de conférences ou de séminaires de deux jours, au cours desquels des juges consulaires expérimentés interviennent pour présenter aux juges nouvellement élus les règles de procédure et de fond. La formation des présidents et des juges commissaires donne lieu à des cycles spécifiques de deux ou trois jours.

Mais cette formation, facultative et brève, reste en grande partie à la charge des intéressés. Il convient, au moment où les exigences en termes de garanties pour le justiciable deviennent plus fortes, qu'elle prenne une nouvelle dimension et soit assurée sous la responsabilité de l'Ecole nationale de la magistrature, en liaison avec le Centre de Tours. L'ENM n'étant actuellement chargée par l'article 14 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 que de la formation des auditeurs de justice et de la formation continue des magistrats une disposition législative serait nécessaire, s'agissant de l'extension de la spécialité d'un établissement public, pour lui confier la formation des juges consulaires.

La convention signée le 4 février 1999 entre l'Ecole nationale de la magistrature et ce centre de formation, constitue un premier pas. Elle répond au principe même de la mixité puisque, d'une part, le comité de pilotage chargé de définir le programme pédagogique comprend à la fois des juges consulaires et des magistrats du corps judiciaire et, d'autre part, chaque formation doit être dispensée à la fois par un magistrat de carrière et un membre de tribunal de commerce.

Pour l'année 1999, le programme pédagogique comprend ainsi la formation de juges consulaires venant d'être élus (3 fois 2 jours), la formation des nouveaux présidents de tribunal de commerce (1 fois 2 jours + 1 jour de formation régionale) et la formation des juges ayant en charge le contentieux des procédures collectives (2 fois 3 jours).

Toutefois, cette convention, qui représente incontestablement un progrès, est conclue pour la seule année 1999 et ne permet pas de couvrir tous les besoins en formation. Il reste donc à définir et à mettre en oeuvre un programme pédagogique d'une autre ampleur afin que tous les juges consulaires puissent bénéficier, dans le cadre d'actions nationales et régionales coordonnées, d'une formation adaptée.

La définition de ce programme est urgente, de manière à ce qu'il puisse se mettre en place dès après les élections compte tenu du nombre particulièrement important de juges qui commenceront leur mandat au début de l'année 2000.

2.1.2 La formation des magistrats du corps judiciaire

La formation des magistrats du corps judiciaire en matière économique et financière est assurée, dans le cadre de la formation initiale des auditeurs de justice et dans celui de la formation continue.

- Dans le cadre de la formation initiale, les problèmes économiques et financiers sont traités sous différentes formes.

- Stages extérieurs : dès le début de la scolarité, les auditeurs de justice sont astreints à un stage extérieur à l'institution judiciaire d'une durée de trois mois. 20% d'entre eux l'effectuent en entreprise. Ils doivent à son issue établir un rapport sur un thème proposé par l'entreprise ou choisi par l'auditeur en accord avec elle.

- Période de formation générale dispensée sur le site même de l'Ecole nationale de la magistrature : l'approche des questions économiques et financières est opérée selon 4 modalités :

* Dans le cadre des directions d'études sur la fonction « Parquet », le rôle du ministère public en matière économique fait l'objet d'une séance d'une demi-journée.

* Module de comptabilité : l'ensemble des auditeurs, répartis en groupes de 20, suit une formation, dispensée par des experts-comptables, de 6 demi-journées.

* Ateliers : une vingtaine d'auditeurs en moyenne participe à « l'atelier économique » qui se déroule sur 8 demi-journées.

* Conférences: celles à caractère économique ont occupé, en 1998, 5 demi-journées; trois d'entre elles ont été consacrées à la vie des entreprises, les deux autres, au traitement des difficultés des entreprises.

En tout, en matière économique, 6 jours, soit un peu plus d'une semaine de formation, sont prévus pour tous les auditeurs. Un auditeur de justice plus particulièrement intéressé par la matière commerciale peut toutefois y consacrer, par des stages et des formations à option, trois mois et demi.

- Période de formation spécialisée: A l'issue de la formation en juridiction, d'une durée de 14 mois, les auditeurs de justice suivent une formation spécialisée centrée exclusivement sur la fonction judiciaire qu'ils exerceront à leur sortie de l'Ecole.

Ceux des auditeurs ayant choisi d'exercer la fonction de substitut ou de juge d'instruction suivent trois séances d'une demi-journée chacune consacrée au traitement des infractions pénales à caractère économique et financier. Ces séances, organisées sous forme de travaux sur dossier, sont assurées par des magistrats spécialisés et des experts-comptables.

Les auditeurs se destinant à la fonction de juge suivent une formation d'une séance sur le rôle du juge-commissaire dans les procédures collectives.

La formation aux questions économiques et financières ainsi dispensée aux auditeurs de justice peut apparaître insuffisante. Une telle appréciation doit toutefois devoir être nuancée. Ces enseignements participent, en réalité, d'une formation plus générale des futurs magistrats qui doit, non seulement les préparer à l'exercice de toutes les fonctions judiciaires et à la maîtrise des techniques qu'elles supposent, mais aussi leur permettre d'acquérir une culture judiciaire, condition d'une compréhension approfondie du rôle et de la fonction de l'institution. Cette contrainte contribue à expliquer que la commission préconise de ne pas affecter dans les tribunaux de commerce des magistrats sortant de l'ENM, mais des magistrats expérimentés ayant eu, dans toute la mesure du possible, l'occasion de traiter au cours de leur carrière des sujets économiques et commerciaux. Il pourrait cependant être étudié si le droit des affaires ne pourrait pas constituer une matière à option, non plus au stade des oraux mais dans les épreuves écrites du concours à l'ENM.

- La formation continue comporte à la fois des sessions à dominante technique et des modules destinés à ouvrir les magistrats sur le milieu consulaire et le monde économique, plus précisément celui de l'entreprise.

S'agissant des formations à dominante technique, l'une (cycle économique et financier) a pour vocation de répondre à la demande de formation de magistrats qui se voient confier des fonctions où les procédures économiques et financières constitueront l'essentiel de leur activité. Ce cycle se décompose en deux modules. Le premier, fin septembre, accompagne la prise de fonction et porte sur la comptabilité, les pratiques commerciales ou les procédures collectives. Le second se tient environ deux mois après et permet d'approfondir ces questions à la lumière de leurs premiers mois de fonction.

Une autre session consacrée aux entreprises en difficulté permet aux participants, pendant une semaine, d'approfondir les différentes procédures depuis le règlement amiable jusqu'à la liquidation judiciaire. Une session similaire est consacrée aux entreprises agricoles en difficulté. D'autres enfin, sont consacrées à la comptabilité, au droit fiscal ou au droit des sociétés.

De façon générale, ces sessions réunissent un public volontairement restreint (20 à 50 participants) et un nombre limité d'intervenants afin d'avoir la meilleure interactivité possible

En ce qui concerne l'ouverture sur le monde de l'entreprise, l'Ecole nationale de la magistrature a mis en place des programmes destinées à donner aux magistrats une bonne approche pratique de l'entreprise. Il est notamment proposé un cycle consacré à l'entreprise où, en six modules de deux jours, les participants rencontrent des responsables de la vie économique qui leur exposent les impératifs de l'entreprise. En outre, en liaison avec l'association «entreprise et progrès», des stages sont organisés afin de permettre à des magistrats d'aborder des questions très précises qui concernent aussi bien l'approche macro ou micro-économique que les politiques de restructuration et de gestion du personnel ou encore de fusion d'entreprises.

Toutefois ces actions ne concernent généralement que quelques dizaines de magistrats. Elles devraient donc être significativement développées.

L'ouverture sur le milieu consulaire se traduit par l'organisation par l'Ecole nationale de la magistrature de rencontres avec les tribunaux de commerce, qui permettent aux juges des deux origines de confronter leurs pratiques respectives.

2.2. Une formation en commun

L'organisation d'une formation spécifique et adaptée est un élément indispensable, voire une condition de réussite de la réforme.

Cette formation, qui doit être confiée à l'ENM en liaison avec le Centre de Tours, doit non seulement permettre aux uns et aux autres d'acquérir les compétences juridiques ou pratiques nécessaires à l'exercice de leurs nouvelles fonctions, mais également, dans l'esprit même de la mixité, être le creuset d'une culture commune.

La mise en oeuvre de cette orientation suppose, outre la disposition législative mentionnée ci-dessus, un renforcement significatif des moyens financiers, administratifs et pédagogiques de l'Ecole. A titre d'indication sur le volume des crédits supplémentaires qui devront être dégagés à cet effet, il peut être précisé que le crédit d'un million de francs destiné à financer la formation des juges consulaires, en 1999, ne permettra de prendre en charge les frais de déplacement et de séjour des stagiaires, ni la totalité des frais de secrétariat administratif.

L'objectif d'un rapprochement des juges consulaires et des magistrats du corps judiciaire, à travers des actions de formation communes initiées par l'Ecole nationale de la magistrature, ne doit pas pour autant faire oublier que les besoins en la matière des uns et des autres demeurent différents.

2.2.1. La formation des magistrats du corps judiciaire

Comme évoqué précédemment, il est indispensable qu'une formation adaptée et d'une durée significative soit dispensée préalablement à la prise de fonctions.

Il faut distinguer la situation des magistrats qui seront désignés au moment de la mise en oeuvre du processus de ceux qui le seront au bout de quelques années.

L'ensemble des personnes entendues a estimé nécessaire que les magistrats du corps judiciaire puissent bénéficier, non pas d'une simple sensibilisation à la matière économique, mais d'une formation au fonctionnement des entreprises, au droit des affaires et, s'ils n'ont pas eu l'occasion de le pratiquer, au droit des procédures collectives. Il ne s'agit pas de rechercher le même type de connaissances que celles des juges consulaires, mais de permettre des échanges fructueux au sein de la juridiction. Cette formation pourrait être complétée d'un stage en juridiction à l'instar de ce qui existe pour les changements d'affectation. Il pourrait se dérouler dans un tribunal de commerce et dans une chambre commerciale de cour d'appel.

L'ENM s'est déclarée prête à organiser cette formation qui devrait concerner les magistrats dont l'affectation en juridiction commerciale est décidée. Cela suppose un décalage de calendrier d'un trimestre au moins entre la décision d'affectation de ces magistrats et leur prise de fonction réelle, que la mise en oeuvre progressive de la réforme devrait permettre.

L'effort de formation à réaliser dans la période 2000-2001 sera très important au regard des moyens actuels de l'ENM. Par la suite, devraient être mises en place des sessions moins nombreuses mais plus diversifiées, selon le degré de connaissance et d'expérience des magistrats concernés, en prenant en considération le contenu de leur formation initiale et continue, étant entendu que ces formations devraient demeurer préalables à la prise de fonction.

2.2.2. La formation des juges consulaires

Il y a lieu de prévoir que chaque juge consulaire soit astreint à une formation initiale préalable à sa prise de fonction, puis à une formation continue, en partie déconcentrée, lui permettant d'acquérir les connaissances indispensables sur le droit applicable en fonction des matières que chaque juge est appelé à traiter dans sa formation de jugement ou comme juge-commissaire, juge des procédures collectives etc... La formation doit aussi porter sur la rédaction des jugements afin que les juges consulaires assurent la plénitude de leurs fonctions.

S'agissant des présidents de formation de jugement, une formation particulière, notamment au droit processuel, devrait précéder leur nomination.

C'est a fortiori aussi le cas pour le président du tribunal de commerce qui doit être informé, non seulement de ses responsabilités d'administration judiciaire, mais aussi des fonctions juridictionnelles qu'il assume en qualité de président.

Les juges consulaires qui seraient affectés dans les chambres commerciales des cours d'appel devraient également suivre une formation préalable à leur prise de fonction. Elle devrait durer un temps suffisant, postérieurement à la décision de nomination, pour que ces conseillers soient en mesure de s'intégrer rapidement et complètement à la chambre commerciale de la cour. Elle devrait insister sur la procédure en appel et la rédaction des arrêts.

2.3. Une formation déconcentrée et mixte

Sa mise en oeuvre devra être déconcentrée au niveau des cours d'appel, sous la responsabilité du conseil de formation continue déconcentrée des magistrats présidé, en vertu de l'article 51-2 du décret n°72-355 du 4 mai 1972 modifié, par le premier président et le procureur général de chaque cour d'appel. Ce décret devra être adapté afin de prévoir la participation, au conseil de formation, de représentants des juges consulaires et de permettre, dans le souci d'une plus grande efficacité, la possibilité de sessions communes à plusieurs cours d'appel.

Cette solution répond, non seulement à des considérations pratiques, mais surtout à la préoccupation, sur le fond, d'assurer une formation adaptée aux besoins locaux et permettant un véritable échange d'expériences diverses. Des juges d'origine diverse vont en effet être appelés à travailler en commun dans le respect mutuel et la reconnaissance de leurs connaissances et compétences respectives. Ils ont, les uns et les autres, besoin d'une formation adaptée à leur expérience sans qu'il s'agisse de prétendre les rendre interchangeables, leur diversité même étant source d'enrichissement. Chacun son statut, chacun sa compétence. Il n'empêche que la décision judiciaire sera l'oeuvre commune et que les juges doivent être préparés à un fonctionnement de la juridiction différent de ce qu'il est depuis plusieurs siècles.

Il y a matière à une sorte de «préparation à la mixité» qui devrait être une formation commune, déconcentrée au niveau régional, au cours de laquelle seraient présentés les principes directeurs du procès commercial, l'organisation de la juridiction, les rôles de chacun, et tout ce qui peut permettre une vie judiciaire commune, harmonieuse et efficace.

B - LES MODALITÉS DE MISE EN OEUVRE

1 - UNE MISE EN OEUVRE PROGRESSIVE

1.1. La nécessité d'une mise en oeuvre progressive

Un certain nombre de contraintes rendent nécessaire une mise en oeuvre progressive de la réforme. Si le gouvernement opte pour l'une des deux solutions possibles de mixité généralisée elle apparaîtrait inéluctable. En effet le nombre limité de magistrats expérimentés disponibles rapidement ne permettrait vraisemblablement pas de satisfaire aux besoins.

Pour la troisième solution envisagée, celle d'une mixité limitée au contentieux des procédures collectives et au contentieux «spécial», la nécessité serait évidemment un peu moins forte mais subsisterait néanmoins.

En tout état de cause, il sera nécessaire de recruter de nouveaux magistrats qui viendront occuper les postes laissés vacants par ceux, plus expérimentés, appelés à exercer leurs fonctions dans les tribunaux de commerce. Or ces recrutements ne pourront être réalisés que par concours ou intégration directe. Compte tenu des règles statutaires applicables, l'organisation d'un concours exceptionnel requiert l'adoption préalable d'une loi organique. La procédure d'intégration directe ne peut, quant à elle, être d'une durée inférieure à 18 mois.

D'autre part un dispositif de formation pour les magistrats, préalable à leur nomination, devra être mis en place.

Il est également possible que des restructurations ou aménagements de locaux doivent être réalisés pour accueillir, dans les tribunaux de commerce, les magistrats du corps judiciaire afin qu'ils trouvent des conditions de travail leur permettant une présence effective, nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, même si celles-ci ne sont pas à plein temps..

1.2. Les modalités juridiques de la progressivité

Comme rappelé précédemment, le principe d'égalité des citoyens devant la loi ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente les situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. Le Conseil constitutionnel contrôle l'adéquation entre les différences de traitement ou les dérogations prévues et l'objet de la loi¹⁰⁶.

¹⁰⁶ décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 JO du 24 janvier 1990 p. 972

En ce qui concerne l'introduction de la mixité dans les tribunaux de commerce, une option se présente entre deux formes de progressivité : une progressivité par matière et une progressivité liée à la situation des juridictions, quel que soit alors le critère retenu (implantation géographique de la juridiction, taille de la juridiction, ressources humaines disponibles pour le ressort).

- La mixité dans les formations de jugement pourrait être introduite progressivement selon un calendrier déterminé par type de contentieux. Tel est du moins le cas d'une mixité généralisée s'étendant à l'ensemble des trois blocs de contentieux distingués par la commission: les procédures collectives, le contentieux «spécial» et le contentieux «général». En effet dans le cas d'une mixité limitée aux deux premiers domaines il ne peut réellement y avoir une première étape pour les procédures collectives et une seconde pour le contentieux spécial car celui-ci est d'un volume limité.

Dans le cas d'une mixité généralisée, le critère de l'ordre public économique pourrait être valablement retenu et justifier qu'une première étape ne concerne que les formations de jugement traitant de contentieux dans lesquels il est en cause. La mixité serait d'abord introduite dans les chambres de procédures collectives et de contentieux «spécial». Une seconde étape achèverait la mise en place du dispositif.

Un tel type de montée en charge progressive qui, ne crée pas de rupture d'égalité entre les citoyens se trouvant dans une même situation, ne rencontrerait pas d'obstacle d'ordre constitutionnel.

Cette option a d'ailleurs été retenue par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et son décret d'application du 17 mars 1992, qui ont prévu un transfert progressif sur plusieurs années et par type de contentieux, au profit des cours administratives d'appel, de certaines compétences juridictionnelles du Conseil d'Etat.

Cependant, si elle ne pose pas de problèmes juridiques, cette formule risquerait de soulever des difficultés pratiques. Elle nécessiterait, en effet, l'affectation immédiate de magistrats du corps judiciaire dans chaque tribunal de commerce, alors que, ce qui nécessite une application progressive de la réforme, c'est justement l'impossibilité de disposer, en attendant de nouveaux recrutements, de magistrats en nombre suffisant pour pouvoir les affecter dans tous les tribunaux.

- La meilleure solution est donc une entrée en vigueur progressive selon la situation des juridictions. Elle s'adapte à tous les types de mixité.

Ce type de progressivité a été préconisé par le rapport d'enquête sur le fonctionnement et l'activité des tribunaux de commerce, établi conjointement par les inspections générales des finances et des services judiciaires, qui ont préconisé une montée en charge progressive, sur cinq ans, opérée simultanément à la réforme de la carte judiciaire.

Dans une telle hypothèse, les justiciables se trouvant dans une même situation pourraient, en fonction de la localisation de leur litige, être traités différemment. S'agissant d'une véritable dérogation au principe d'égalité, celle-ci ne pourrait être admise que sous réserve d'être justifiée par des considérations d'intérêt général liées à l'impossibilité matérielle de procéder différemment et à l'objectif d'unification de l'organisation juridictionnelle. En outre, la discrimination établie devrait être «en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Le Conseil Constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur un tel schéma de progressivité, sa jurisprudence ne portant que sur les conditions dans lesquelles le législateur peut prévoir une expérimentation¹⁰⁷. En revanche, le Conseil d'Etat a déjà été saisi de cette question. Dans sa décision du 21 février 1968¹⁰⁸, il a admis la validité d'une disposition d'un décret de procédure civile limitant à titre provisoire à certains tribunaux et cours d'appel désignés par arrêtés, l'institution d'un juge de la mise en état des causes, mais prévoyant l'extension progressive de la réforme à l'ensemble du territoire compte tenu des possibilités dont disposerait l'administration pour la mise en place de la nouvelle organisation. Plus récemment, dans son rapport public de 1996 sur le principe d'égalité (page 53), le Conseil d'Etat relevait que le juge administratif *«a toujours considéré que les difficultés techniques, matérielles d'application d'une règle nouvelle justifiaient qu'elle soit mise en oeuvre progressivement sans porter une atteinte illégale au principe d'égalité.»*

Si l'on admet la possibilité d'une mise en oeuvre de la réforme en fonction du critère tiré de la situation de la juridiction, trois solutions doivent être analysées.

La première consisterait à introduire la mixité par ressort de cours d'appel. Cette solution est compatible avec celle préconisée par le rapport d'inspection précité qui estime essentiel pour des raisons de coût budgétaire et de cohérence que la réforme de la composition des tribunaux de commerce et celle de la carte judiciaire interviennent au même rythme. La faisabilité de cette solution doit être examinée au regard du calendrier qui a été arrêté pour la réforme de la carte des tribunaux de commerce qui sera abordée ci-dessous¹⁰⁹.

La deuxième solution qui pourrait être justifiée par un souci d'effectivité de la réforme, consisterait à introduire la mixité en fonction des ressources humaines disponibles, notamment en tenant compte des desiderata exprimés par les magistrats. Il n'est toutefois pas certain que la différence de situation qui en résulterait pour les justiciables puisse être justifiée au regard du principe d'égalité.

La dernière solution consisterait à introduire la mixité en fonction de la taille des juridictions et plus précisément de leur activité juridictionnelle, en commençant par les plus grandes. Justifiée par une différence de situation entre les petites et les grandes juridictions, elle pourrait en outre apparaître comme valablement fondée sur un motif d'intérêt général dans la mesure où la mixité, appliquée en priorité dans les juridictions traitant la majeure partie des procédures, bénéficierait au plus grand nombre possible de justiciables.

C'est cette dernière solution que la commission propose car elle est la plus conforme à l'objectif recherché.

En toute hypothèse, la loi devra définir précisément et expressément les critères retenus ainsi que prévoir un calendrier et un délai butoir, au terme duquel la réforme devra être achevée.

¹⁰⁷ décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 JO du 30 juillet 1993 p. 10391

¹⁰⁸ Ordre des Avocats près la cour d'appel de Paris 21 février 1968

¹⁰⁹ v. infra p. 80 et p. 81

2 LES AUTRES MODALITES DE MISE EN OEUVRE

2.1. La nature des textes législatifs et réglementaires

La mise en oeuvre de la réforme est subordonnée à l'adoption de nombreux textes de nature différente.

- Une loi organique sera nécessaire pour introduire dans le statut de la magistrature le statut des conseillers consulaires de cour d'appel et ouvrir les concours exceptionnels de recrutement de magistrats. Ces dispositions devront être complétées par des mesures à caractère réglementaire, notamment dans le cadre du décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 qui fixe les différentes fonctions judiciaires exercées par les magistrats de carrière.

- Une loi ordinaire modifiant le code de l'organisation judiciaire devra prévoir les nouvelles règles de composition, de compétence, d'organisation et de fonctionnement des tribunaux de commerce. Elle devra également prévoir des règles relatives à la modification du régime de l'élection des juges consulaires, de leur discipline et des incompatibilités auxquelles ils sont soumis. La partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire devra être adaptée en conséquence.

- Une disposition législative devra confier à l'Ecole Nationale de la Magistrature la responsabilité de la formation des juges consulaires. Afin que les actions de formation puissent être initiées avant l'entrée en vigueur de la mixité, ce qui constitue une condition de la réussite de la réforme, cette disposition devrait être adoptée avant les autres textes législatifs.

- Des décrets fixant, d'une part, la localisation des emplois de magistrats du corps judiciaire dans les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce, d'autre part, le nombre de chambres et de juges consulaires devront être pris.

Compte tenu de l'ampleur du dispositif législatif et réglementaire à adopter, son élaboration devra être initiée très rapidement sous peine de ne pas pouvoir respecter le calendrier prévu par le Gouvernement.

2.2. La réforme de la carte judiciaire

Les personnes entendues par la commission ont indiqué de façon unanime que la réforme de la carte judiciaire constituait une priorité et que sans elle la mixité serait difficilement applicable. Toutefois, pour indispensable qu'elles soient l'une et l'autre, il n'est pas possible de les conduire selon le même calendrier.

En effet, il ressort de la communication du 14 octobre 1998 et des informations fournies à la commission par le délégué à la réforme de la carte judiciaire que la carte des tribunaux de commerce sera réalisée en deux grandes phases. Au 1er janvier 2000, entreront en application les modifications de la carte consulaire des 6 cours d'appel (Rouen, Caen, Dijon Poitiers, Riom et Montpellier) jugées prioritaires en raison du grand nombre de tribunaux de commerce situés dans leur ressort. Le 1er janvier 2001 verra l'entrée en vigueur des modifications de la carte consulaire pour l'ensemble des autres cours d'appel dont les contours auront été redessinés avant la fin de l'année 1999.

Or, compte tenu des contraintes décrites précédemment, une entrée en vigueur de la mixité dès le 1er janvier 2000 paraît exclue, de sorte qu'il n'est pas possible de lier les deux réformes et d'introduire la mixité au fur et à mesure de l'entrée en vigueur de la modification de la carte judiciaire.

2.3. Le calendrier des recrutements

Dans le cadre de la communication du 14 octobre, le Gouvernement a annoncé, sur la base de l'évaluation à 350 emplois en équivalent temps plein figurant dans le rapport commun des inspections générales, que les moyens nécessaires à la réalisation de la réforme de la justice commerciale seraient dégagés afin de répondre à la charge de travail supplémentaire pour la magistrature de carrière.

Sous réserve de marges de gestion liées à l'augmentation mécanique des effectifs de magistrats résultant de l'excédent du nombre d'entrées dans le corps au regard de celui des sorties, marges qui toutefois peuvent se trouver sensiblement réduites par l'ampleur des autres réformes de la justice (juge de la détention, justice des mineurs, réduction des délais de traitement dans les cours d'appel), il devra donc être procédé, dans le cadre de la seule réforme des tribunaux de commerce, à des recrutements à hauteur de 350 emplois.

Le nombre des intégrations directes ne pouvant guère augmenter, deux modalités de recrutement peuvent être retenues à titre principal : le recours, dans la plus grande proportion, à des concours exceptionnels, l'augmentation dans une moindre mesure du nombre de postes offerts aux concours ordinaires d'entrée à l'Ecole nationale de la magistrature.

Il pourrait ainsi être proposé l'organisation sur trois années consécutives de concours exceptionnels de magistrats. Afin d'assurer une montée en charge rapide de la réforme il pourrait être offert la première année 150 places, et, respectivement, 80 et 70 la deuxième et la troisième années. Les 50 autres emplois seraient pourvus par une augmentation, de l'ordre d'une vingtaine, des effectifs de chaque promotion d'auditeurs de justice, afin de préserver l'équilibre général du corps.

Dans l'hypothèse d'une mixité généralisée à l'ensemble des contentieux, ce phasage permettrait, dès la première année de la réforme, d'introduire des magistrats du corps judiciaire dans une part non négligeable des vingt trois tribunaux de commerce comportant plus de vingt cinq juges.

Dans l'hypothèse d'une mixité limitée au contentieux des procédures collectives et à une partie du contentieux général, il permettrait de couvrir les besoins de ces vingt trois juridictions. En outre, une partie des recrutements postérieurs pourrait être utilisée pour renforcer les effectifs du parquet.

S'agissant du calendrier de ces recrutements, l'expérience montre que l'organisation d'un concours exceptionnel implique un délai minimum de 18 mois entre le dépôt du projet de loi organique nécessaire et la prise de fonctions effective des premiers magistrats recrutés par cette voie.

Dans cette mesure, et à supposer que le projet de loi organique soit examiné par le Conseil d'Etat avant la fin du premier semestre 1999, le calendrier pourrait être le suivant¹¹⁰:

NOMBRE DE POSTES	EPREUVES ECRITES DU CONCOURS	PRISE DE FONCTIONS EFFECTIVE
150 postes	mai 2000	janvier 2001
80 postes	mai 2001	janvier 2002
70 postes	mai 2002	janvier 2003

S'agissant de l'augmentation du nombre de postes offerts aux concours ordinaires, l'effet d'une telle mesure, compte tenu des délais entre le concours et l'entrée en fonction (36 mois), ne pourra intervenir, pour le concours qui se déroulera en septembre 2000, qu'en septembre 2003.

Compte tenu des délais d'organisation des concours, tant exceptionnels qu'ordinaires, la mise en oeuvre de la réforme ne pourra donc être achevée, ou ses effets compensés, avant le mois de septembre 2003.

Mais l'essentiel peut être mis en oeuvre dans le délai envisagé par le Gouvernement. En toute hypothèse, quels que soient les critères retenus pour la mise en oeuvre progressive de la réforme, les différentes phases de celle-ci devront coïncider avec les arrivées dans le corps qui interviendront en janvier et septembre de chaque année.

¹¹⁰ Ce délai de 18 mois, sous réserve des capacités d'accueil de l'Ecole nationale de la magistrature, comprend notamment les phases suivantes: examen par le Conseil d'Etat, examen par les deux Assemblées, examen par le Conseil constitutionnel, décret et arrêtés d'application (ouverture du concours), épreuves du concours, choix des postes, formation de six mois, décret de nomination.

CONCLUSION

UNE ARCHITECTURE D'ENSEMBLE RENOVEE CONCLUSION UNE ARCHITECTURE D'ENSEMBLE RENOVEE

Après avoir procédé à de larges consultations et analysé les données tant juridiques que concrètes de l'introduction de la mixité dans les juridictions commerciales, la commission a examiné les différentes solutions possibles aux questions posées dans la lettre de mission.

Elle a écarté certaines solutions : ainsi l'échevinage, qui serait ressenti comme une formule extrême et soulèverait de très vives réactions des juges consulaires pouvant compromettre le fonctionnement normal de la justice commerciale ; ou encore la présence de magistrats du corps judiciaire seulement comme assesseurs de formations de jugement, solution insuffisante, difficilement acceptable pour ces magistrats et exposée à un fort risque juridique.

Elle a recherché des formules équilibrées qui réduisent les risques de rejet catégorique, sans être juridiquement fragiles. Elle souligne cependant qu'aucune ne peut recueillir un accord unanime et qu'un effort d'acceptation sera donc nécessaire de la part de tous ceux qui seront associés à la mise en oeuvre de la réforme.

L'équilibre indispensable ne peut être recherché fonction par fonction, une part importante des attributions juridictionnelles s'exerçant à juge unique et l'administration du tribunal relevant de la responsabilité d'une autorité unique, le président du tribunal. Il ne peut s'agir que d'un équilibre d'ensemble reposant sur un projet cohérent.

L'idée centrale est que chacun doit se voir confier les fonctions dans lesquelles il est le plus utile : aux juges consulaires, la présidence et la vice-présidence du tribunal ainsi que les fonctions de juge-commissaire ; aux magistrats du corps judiciaire, la présidence de formations de jugement, au moins celles qui sont compétentes pour les procédures collectives et certains contentieux spéciaux. Le détail de la répartition des tâches figure dans la liste des propositions. Quant à la présidence des formations de jugement, la majorité de la commission a jugé utile, pour que le gouvernement puisse décider en faisant la part des contraintes juridiques et des considérations d'opportunité, de présenter trois solutions, dont l'une cependant ne s'inscrit pas dans une hypothèse de mixité généralisée à l'ensemble des contentieux.

Cette répartition des fonctions s'inscrit dans une architecture d'ensemble rénovée : dans les tribunaux de commerce, réaménagement de certains pouvoirs du président de la juridiction, adaptation du rôle du juge-commissaire, meilleure coordination du contrôle des mandataires ; dans les ressorts où les tribunaux de grande instance ont aujourd'hui la compétence commerciale, création de tribunaux de commerce ou extension du ressort territorial des tribunaux de commerce existant ; au niveau des cours d'appel, introduction de conseillers d'origine consulaire pour le jugement des affaires commerciales.

Ce projet d'ensemble doit aussi comprendre des mesures d'accompagnement. Les dispositifs actuels de formation des juges des deux origines devront être sensiblement renforcés, coordonnés, et comporter des formations communes. Des mesures spécifiques aux juges consulaires devront être adoptées : un comité de sélection pour l'accès des juges consulaires aux fonctions de président de chambre, un renforcement des incompatibilités, une amélioration du régime disciplinaire.

La mise en oeuvre de toutes ces mesures devra inévitablement s'échelonner dans le temps, en particulier le recrutement déjà décidé de 350 magistrats du corps judiciaire. La mixité devra être instituée en priorité dans les tribunaux les plus importants, l'essentiel pouvant être réalisé dès la date prévue par le Gouvernement, du 1er janvier 2002, et le reste le 1er janvier 2003. Le respect de ces échéances suppose que le processus soit engagé sans délai. Une décision rapide est d'autant plus souhaitable que les juges consulaires sont dans l'attente de connaître le contenu et les modalités de la réforme. Cette attente est accrue par la proximité d'une échéance électorale, fin 1999, où viendront à renouvellement les mandats d'une part importante d'entre eux et d'une grande majorité de présidents.

La préoccupation de la commission a été que la réforme, une fois réalisée, ouvre de plus larges perspectives à la juridiction commerciale. L'introduction de la mixité permettra de lui transférer de nouvelles compétences et d'en faire, à terme, une véritable juridiction de l'économie.

ANNEXES

**LISTE DES MEMBRES DE LA COMMISSION
CHARGÉE DE PROPOSER LES MODALITÉS DE LA MISE EN ŒUVRE
DE LA MIXITE DANS LES JURIDICTIONS COMMERCIALES**

PRESIDENTS

Monsieur Michel BERNARD
Président de section honoraire au Conseil d'Etat

Monsieur Christian BABUSIAUX
Conseiller-Maître à la Cour des Comptes

MEMBRES DE LA COMMISSION

Madame Marie-Charlotte PINIOT
Avocat Général à la Cour de Cassation

Monsieur Jean MORIN
Président du tribunal de commerce de ROUEN

Monsieur Loïc CADIET
Professeur de droit privé à l'Université de Paris I

Maître Jean-François MARTIN
Avocat

Rapporteurs : Jacques BOULARD
Jérôme DEHARVENG
Corinne LORENTE

Magistrats à l'administration centrale du ministère de la Justice

**LISTE DES PERSONNALITES ET DES ORGANISMES
ENTENDUS PAR LA COMMISSION**

Les personnes entendues l'ont été par la commission en formation plénière ou par ses présidents

Monsieur Alain AMPAUD

Président du tribunal de commerce de DIJON

Maître Jean-Yves AUBERT

Vice-président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises

Mandataire judiciaire à CHALON SUR SAONE

Monsieur Jacques AUGENDRE

Président honoraire du tribunal de commerce de CRETEIL

Maître Eric AZOULAY

Avocat au barreau de PONTOISE

Conseil national des barreaux

Monsieur Dominique BARBEY

Secrétaire général de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)

Monsieur Thierry BERT

Chef du service de l'inspection générale des finances

Monsieur Gilles BERTRAND

Avocat Général à la cour d'appel de DIJON

Monsieur Pierre BEZARD

Président de la chambre commerciale de la Cour de Cassation

Monsieur Bernard BLAIS

Procureur général près la cour d'appel d'AGEN

Monsieur Joël BOBIN

Président du tribunal de commerce de TOULOUSE

Monsieur Didier BOCCON-GIBOD

Inspecteur des services judiciaires

Monsieur Michel BOGNOT

Président du tribunal de commerce de BESANCON

Monsieur Jacques BON

Président honoraire du tribunal de commerce de PARIS

Monsieur Pierre BORRA

Président de chambre honoraire à la cour d'appel de PARIS

Monsieur Yves BOT

Procureur de la République près le tribunal de grande instance de NANTERRE

Monsieur Philippe BOTHOREL

Président de la chambre commerciale de la cour d'appel de RENNES

Monsieur Jean-François BOUGON
Président du tribunal de grande instance d'AGEN

Monsieur Jean-Pierre BRAIN
Ancien juge aux tribunaux de commerce de DIJON et de PARIS

Madame Marianne BROCARD
Bâtonnier de l'Ordre des avocats de TOULOUSE

Monsieur Jean-Christian CADY
Préfet de l'AVEYRON

Monsieur Pierre CALVAGRAC
Président du tribunal de commerce de MACON

Monsieur Guy CANIVET
Premier président de la cour d'appel de PARIS

Monsieur Jean-Baptiste CARPENTIER
Magistrat
Inspection Générale des Finances

Monsieur Charles CATTEAU
Premier président de la cour d'appel de BESANCON

Maître Bernard CHAMBEL
Bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de BONNEVILLE
représentant la Conférence des Bâtonniers

Monsieur Alain CHAMPION
Président du tribunal de commerce de BEAUNE

Madame Bernadette CHOLLET SNITER
Responsable du service juridique de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACFCI)

Monsieur Jean-Paul COLLOMP
Premier président de la cour d'appel de DOUAI

Monsieur Charles CORNUT
Délégué général adjoint de l'Association Française des Banques (AFB)

Madame Gabrielle COTE-COLISSON
Directeur adjoint de la chambre de commerce de PARIS

Maître Jean-Paul COTTIN
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de TOULOUSE

Monsieur Jean-Marie COULON
Président du tribunal de grande instance de PARIS

Monsieur Jean COURTIÈRE
Vice-président de la Chambre de commerce et d'industrie de PARIS

Monsieur Jacques CREYSSEL

Directeur délégué du MEDEF

Monsieur André DARRE

Représentant Monsieur ROZES, Vice-président du tribunal de commerce d'AUCH

Monsieur Bruno DELETTRE

Sous-directeur à la direction du Trésor
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Maître François DELMOULY

Bâtonnier de l'Ordre des avocats d'AGEN

Monsieur Jean-Claude DENIS

Président de chambre au tribunal de commerce de NANTERRE

Monsieur Renaud DENOIX de SAINT-MARC

Vice-président du Conseil d'Etat

Monsieur Jacques DERMAGNE

Président du Conseil national du commerce

Maître Bertrand DESARNAUTS

Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de TOULOUSE

Monsieur Christian DESCHEEMAEKER

Conseiller Maître à la Cour des Comptes

Monsieur Jean-Pierre DINTILHAC

Procureur de la République près le tribunal de grande instance de PARIS

Monsieur Pierre DRAI

Premier président honoraire de la Cour de Cassation

Monsieur Jacques DUCLOS

Trésorier de la Conférence générale des tribunaux de commerce

Madame Emmanuelle DUCOS

Magistrat au Bureau des droits de l'homme au ministère de la Justice

Monsieur Eric DUFOIX

Juge au tribunal de commerce de PARIS

Maître Michel DUVAL

Avocat, cabinet DELOITTE et TOUCHE

Monsieur François DUVERGER

Directeur Général de l'ACFCI

Monsieur Flavien ERRERA

Délégué à la réforme de la carte judiciaire

Monsieur Roger ERRERA

Conseiller d'Etat
Membre du Conseil Supérieur de la Magistrature

Monsieur André ESCANDE
Président du tribunal de commerce d'AGEN

Monsieur Raymond EXERTIER
Premier président de la cour d'appel de TOULOUSE

Monsieur Jean-Marie FEKETE
Secrétaire-général de la Conférence générale des tribunaux de commerce

Monsieur Christian FEUILLARD
Président de chambre à la cour d'appel de PARIS

Monsieur Bernard FIELD
Président de la commission juridique du MEDEF
Secrétaire général de Saint-Gobain

Monsieur Jean-Baptiste de FOUCAULD
Inspecteur Général des Finances

Madame Edith FOULON
Président de chambre à la cour d'appel de TOULOUSE

Monsieur Michel FOURCHERAUD
Président de chambre à la cour d'appel d'AGEN

Monsieur Pierre FOURNIER
Vice-président de la Conférence générale des tribunaux de commerce
Président honoraire du tribunal de commerce de TOULOUSE

Madame Dominique de la GARANDERIE
Bâtonnier de l'Ordre des avocats du Barreau de PARIS

Monsieur Gérard GARDELLA
Président du Comité juridique de l'AFB, directeur juridique de la Société Générale

Monsieur Hubert GASTOWTT
Conseiller juridique du directeur du Trésor

Monsieur Pierre GAUTHIER
Vice-Président de la confédération générale des petites et moyennes entreprises, président d'honneur du Comité intersyndical pour les élections consulaires (CIEC)

Monsieur Pierre GERBAULT
Juge au tribunal de commerce de PARIS

Monsieur Jean-Louis GERBEAUD
Président du tribunal de commerce de MARMANDE

Monsieur Lucien GIBERT
Président de la Commission juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de PARIS

Monsieur Jean GICQUEL
Professeur des Universités
Ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature

Monsieur Bernard de GOUTTES
Directeur des services judiciaires au ministère de la Justice

Monsieur Raphaël GRANDFILS
Secrétaire général adjoint du Syndicat de la magistrature

Monsieur Philippe GRANDJEAN
Président honoraire du tribunal de commerce de PARIS

Maître Bernard GUENIX
Greffier du tribunal de commerce de PARIS
Vice-président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

Monsieur Claude HANOTEAU
Directeur de l'Ecole Nationale de la Magistrature

Monsieur Patrick HOUALE
Président du tribunal de commerce de RENNES

Madame Eliane HOULETTE
Premier-substitut au parquet de PARIS

Monsieur Nicolas JACQUET
Préfet du LOT-ET-GARONNE

Madame Hélène JOURDIER-MAISONNIER
Association professionnelle des magistrats

Monsieur Denis KESSLER
Vice-Président délégué du MEDEF

Madame Evelyne KITANOFF
Substitut au tribunal de grande instance de MARSEILLE

Maître Philippe LAFARGE
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de PARIS

Monsieur Michel LANG
Président du tribunal de commerce de BELFORT

Monsieur Michel de LARTIGUE
Président du tribunal de commerce d'ALBI

Maître Jean-Louis LAUREAU
Président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises

Monsieur Pierre LAVIGNE
Inspecteur des services judiciaires

Maître Claude LAZARUS
Avocat à PARIS

Monsieur Jean-Pierre LECLERC
Président de la section de l'intérieur au Conseil d'Etat

Monsieur Daniel LE CRUBIER

Magistrat

Directeur de la formation continue à l'Ecole nationale de la magistrature

Maître Philippe LELEU

Avocat à BETHUNE

Président du Conseil national des barreaux

Madame Anne LE LORIER

Chef de service à la direction du Trésor

Monsieur Jacques LENORMAND

Directeur des affaires industrielles à la CCIP

Monsieur Raymond LEVY

Association professionnelle des magistrats

Monsieur Claude LITTNER

Conseiller doyen de la chambre civile de la cour d'appel de DIJON

Monsieur Jean-François LORANS

Procureur général près la cour d'appel de BESANCON

Maître Bernard LYONNET

Avocat

Association Droit et Commerce

Monsieur Jean-Baptiste MAILLARD

Administrateur civil à la direction du budget

Monsieur Roger MALDERIEUX

Président du tribunal de commerce de VILLENEUVE-SUR-LOT

Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD

Professeur des universités

Madame Martine MARIGEAUD

Chef de bureau à la direction du budget au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Jean-Claude MARIN

Procureur-adjoint près le tribunal de grande instance de PARIS

Monsieur Bruno MARTIN LAPRADE

Maître des Requêtes au Conseil d'Etat, ancien Secrétaire général de la Société Générale

Monsieur Dominique-Henri MATAGRIN

Président de l'Association professionnelle des magistrats

Maître Jean-Louis MATHEU

Dauphin du bâtonnier de l'Ordre des avocats de TOULOUSE

Monsieur Jean-François MATTEI

Président du tribunal de commerce de PARIS

Président de la Conférence générale des tribunaux de commerce

Monsieur Jean MICHAUD
Président du tribunal de commerce de CHAUMONT

Monsieur Pierre Laurent MICHELSON
Directeur des Affaires juridiques au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Jean-Marc MORIN
Chargé de la sous-direction du droit privé à la direction des affaires juridiques au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Jean-Pierre NAHON
Procureur de la République près le tribunal de grande instance de BESANCON

Maître Henri NAPPI
Greffier du tribunal de commerce de BASTIA
Président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

Monsieur Henri-Jacques NOUGEIN
Président du tribunal de commerce de LYON
Vice-président de la Conférence générale des tribunaux de commerce

Monsieur Jean-Paul NOURY
Président de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie

Madame Anne OUTIN-ADAM
Directeur juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de PARIS

Madame Marie-José PALASZ
Directrice adjointe chargée de la sous-direction du droit économique et de la valorisation
au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Jean-Charles PARENTY
Premier Président de la cour d'appel de DIJON

Monsieur Robert PARNEIX
Président du tribunal de grande instance de MONTBELIARD

Monsieur Jean-Michel PAULHAC
Juge au tribunal de commerce de NANTERRE

Monsieur Hubert PERREAU
Juge au tribunal de commerce de PARIS

Maître Alain PIERRAT
Greffier du tribunal de commerce de SAINT-DIE
Secrétaire général du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

Monsieur Yannick PRESSENCE
Chef du bureau des affaires générales des magistrats au ministère de la Justice

Monsieur François PROVOST
Secrétaire général adjoint du Comité interministériel pour la restructuration industrielle (CIRI)

Madame Michèle REMY

Greffier du tribunal de commerce d'ELBEUF
Chargée de mission auprès du Conseil national des greffiers de commerce

Monsieur Roger QUEMERAIS

Président du tribunal de commerce de CASTRES

Maître Pierre RANOUIL

Avocat à PARIS

Madame Francine RASTEGAR

Président de chambre à la cour d'appel de BESANCON

Monsieur Lucien REBUFFEL

Président de la CGPME

Maître Roger REBUT

Avocat
Président de l'Association Droit et Commerce

Monsieur Thierry RENOUX

Professeur des universités

Monsieur René RICOL

Ancien président de l'Ordre des experts-comptables

Monsieur Patrick ROCHET

Directeur général de l'Association française des entreprises privées

Monsieur Michel ROUGER

Président honoraire du tribunal de commerce de PARIS
Président du Centre de formation des juridictions commerciales

Monsieur Jacques ROUSSILLE

Cabinet DELOITTE et TOUCHE

Madame Simone ROZES

Premier président honoraire de la Cour de Cassation

Monsieur Paul SAUPE

Président du tribunal de commerce de CHALON-SUR-SAONE

Maître Jean-Louis SCHERMANN

Avocat à PARIS

Madame Marie-Françoise SERNY

Substitut général à la cour d'appel de TOULOUSE

Madame Michelle SIGNORET

Premier substitut au parquet de NANTERRE

Madame Joëlle SIMON

Directeur des affaires juridiques du Mouvement des entreprises de France (MEDEF)

Monsieur Philippe THEUREY

Procureur de la République adjoint près le tribunal de grande instance de BESANCON

Monsieur Nicolas TISSOT

Inspecteur des Finances

Monsieur Pierre TRUCHE

Premier Président de la Cour de Cassation

Monsieur Valéry TURCEY

Président de l'Union Syndicale des Magistrats

Monsieur Jean-Luc VALLENS

Magistrat

Directeur du Groupement pour l'informatisation du livre foncier d'ALSACE et de MOSELLE

Monsieur Jean-François VERNY

Secrétaire général du Crédit Lyonnais

Vice-président de la commission juridique du MEDEF

Monsieur Jean VOLFF

Procureur général près la cour d'appel de TOULOUSE